

**CLAUSULAS ABUSIVAS
ESTUDIO SOBRE SU CONCEPTO Y SU TIPOLOGIA**

**ANGELA PAOLA COLMENARES NIETO
MYRIAM PATRICIA ULLOA GOMEZ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
AREA DE DERECHO PRIVADO
BOGOTA D.C.**

2007

**CLAUSULAS ABUSIVAS
ESTUDIO SOBRE SU CONCEPTO Y SU TIPOLOGIA**

**ANGELA PAOLA COLMENARES NIETO
MYRIAM PATRICIA ULLOA GOMEZ**

TESIS

**DIRIGIDA POR
Doctor JOSE MANUEL GUAL ACOSTA
Abogado – Línea de Investigación Cláusulas Abusivas.
CIFRAVI**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
AREA DE DERECHO PRIVADO
BOGOTA D.C.**

2007

TABLA DE CONTENIDO

PAG

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRELIMINAR.....	1.
PRINCIPIOS Y FINES DEL DERECHO Y DE LA CONTRATACION PARA DETERMINAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA.	
1. Principios del Derecho y de la contratación.....	4.
1.1. Principio de la Buena Fe.....	7
1.1.1. Prohibición del Abuso del Derecho.....	11
1.1.1.1. Proporcionalidad.....	13
1.1.1.2. Prohibición de las cláusulas abusivas.....	14
1.1.2. Transparencia.....	14
1.1.3. Deberes.....	16
1.1.3.1. De actuar con diligencia y cuidado.....	16
1.1.3.2. Deber de Lealtad, <i>Pacta Sunt Servanda</i> y Seguridad Jurídica.....	19
1.1.3.3. De corrección.....	22
1.2. Principio de Igualdad.....	24

1.2.1	Equivalencia en las prestaciones.....	26
1.2.2.	Equivalencia entre derechos y obligaciones.....	28
1.2.3.	Prohibición de cláusulas injustas.....	29
1.3.	Libertad de Contratación y Autonomía Contractual.....	31
1.3.1.	Límite de Orden Público.....	35
1.3.2.	Orden Público Económico.....	36
2.	Fines del Derecho y de la Contratación.....	38
2.1.	Justicia.....	38
2.2.	Equidad.....	41
CAPITULO 1. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE CLÁUSULA.....		44
ABUSIVA.		
1.	Las cláusulas abusivas en algunos Sistemas Comparados.....	45
1.1.	En el Sistema Angloamericano del Sistema <i>Common Law</i>	45
1.1.1.	Estados Unidos de América.....	46
1.1.2.	Inglaterra.....	56
1.2.	En España y Argentina del Sistema <i>Civil Law</i>	66
1.2.1.	En España en relación con la Unión Europea.....	67

1.2.1.1. La Unión Europea y las cláusulas abusivas.....	69
1.2.1.2. España y las cláusulas abusivas.....	72
1.2.2. En Argentina.....	79
2. Ámbito de determinación de una Cláusula Abusiva.....	87
2.1. Ámbito Objetivo.....	89
2.1.1. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en los contratos de libre discusión.....	89
2.1.2. Tipo de elementos del contrato que se protegen en una determinación como Cláusula Abusiva.....	99
2.1.2.1. Núcleo del contrato. Elementos Esenciales.....	99
2.1.2.2. Periferia del Contrato. Elementos Accidentales y Elementos de la Naturaleza del Contrato.....	107
2.1.2.3. Cláusulas accesorias que se relacionan con los elementos esenciales del contrato.....	108
2.2. Ámbito Subjetivo.....	111
2.2.1. Como abuso de la posición dominante.....	111
2.2.2. Respecto de los consumidores.....	113

2.2.3. Protección a la parte débil en los contratos, en relación con las cláusulas abusivas.....	116
2.2.4. En relación con otro tipo de parte en el contrato.....	117
2.2.4.1. El Proveedor.....	118
2.2.4.2. La Empresa.....	120
3. Situación y Perspectiva en Colombia sobre un concepto de cláusula abusiva.....	121
3.1. Situación.....	121
3.2. Perspectiva.....	133
CAPITULO 2. TIPOLOGIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	137
1. Cláusulas Abusivas de acuerdo a las obligaciones y a la Responsabilidad.	138
1.1. De acuerdo con las obligaciones de los contratantes.....	138
1.2. De acuerdo con la Responsabilidad.....	143
2. Cláusulas Abusivas y su clasificación de acuerdo con la restricción y ampliación de derechos.....	146
2.1. Cláusulas que restringen los derechos.....	148
2.2. Cláusulas que amplían los derechos.....	151

3. Cláusulas Sorpresivas.....	156
4. Cláusulas Ilegales.....	158
CONCLUSIONES.....	160
BIBLIOGRAFIA.....	165

INTRODUCCION

Desde finales del Siglo XVIII, en el que sobrevino todo un movimiento político, social, cultural, económico y por supuesto, jurídico a favor de la libertad, ésta ha sido el pilar fundamental de toda relación contractual¹. A medida que se fue forjando y se reconoció como Principio, también se fue adecuando a circunstancias en las que un exceso de su manifestación, atentó contra la dignidad humana y resquebrajó derechos ajenos; entonces se definió la libertad como la facultad autónoma para hacer todo aquello que no atentara contra los demás. Las relaciones contractuales se concibieron en esa forma y se empezó a definir el contrato como “un acuerdo de voluntades” basado precisamente en la autonomía de la voluntad y en la falta de intervención estatal que pregonaba el “*laissez faire, laissez passer*”².

Sin embargo, esta realidad ha cambiado y hoy,³ el contrato se somete a otras formas, contenidos y premisas que lo orientan y lo moldean en aras de una correcta manifestación del Derecho. Así que con el emblema inspirado en los principios de la Buena Fe (*Capítulo Preliminar. Num. 1.1.*) y la Igualdad (*Capítulo Preliminar, Num 1.2.*) y con cada una de sus reglas, se establecen los parámetros contractuales más importantes: la prohibición de abusar del derecho (*Capítulo Preliminar. Num. 1.1.1.*), la transparencia (*Capítulo Preliminar. Num.*

¹ Cfr. LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la libertad contractual*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hiestrosa. 40 años de Rectoría. Tomo II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003, p. 311.

² Cfr. HERNANDEZ Augusto. *Las ideas políticas en la historia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1997, p. 276.

³ “La dirección de los contratos por el legislador es un fenómeno no anterior al siglo XX. Se inicia en Europa, a partir de 1900, en materia de contratos individuales de trabajo, como una manera de proteger los intereses de los asalariados” Cfr. LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la libertad contractual*. cit., p. 320

1.1.2.), los deberes (*Capítulo Preliminar 1.1.3.*): de actuar con diligencia y cuidado, de lealtad, la máxima del *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica para el primero y, la equivalencia en las prestaciones y entre los derechos y obligaciones, para el segundo; se respeta la libertad contractual pero se sostiene con base en esos principios y en los fines⁴ de justicia (*Capítulo Preliminar. Num 2.1.*) y equidad (*Capítulo Preliminar 2.2.*).

En ese Capítulo Preliminar y fundamental se explica este contexto, con la idea de un desarrollo histórico que ha tenido diversas corrientes de pensamiento pero que en este trabajo se proyecta en algunas doctrinas filosóficas del derecho natural y en la búsqueda de valores; en la contemplación del derecho positivo como una herramienta de acercamiento a la realidad jurídica y cultural y como un mecanismo de creación, apreciación y aplicación⁵.

Con base en esas concepciones axiológicas se explica lo que se ha denominado “cláusulas abusivas”; problemática central de este estudio y un desarrollo reciente cuyo objetivo es evitar que con fundamento en la autonomía contractual se realicen estipulaciones en los contratos que puedan resultar abusivas para una de las partes; de esta forma se analizan los elementos que conforman dicho concepto.

Una primera aproximación al tema se realiza en el Capítulo 1, a través del estudio comparado de la forma en que se aborda en algunos países pertenecientes a dos de los sistemas jurídicos; Estados Unidos e Inglaterra del denominado *common law* (*Capítulo 1. Num. 1.1.*) y España en relación con la Unión Europea y Argentina

⁴ “La libertad es (...) un medio para cumplimiento a los proyectos, para alcanzar sus fines” Cfr. FERNANDEZ Carlos. *Reflexiones en torno a la Autonomía de la Voluntad*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría. cit., p. 483.

⁵ Cfr. BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 1997, p. 76.

del llamado *civil law* (*Capítulo 1. Num. 1.2.*). Se describe cada uno de los elementos que configuran el concepto de cláusula abusiva, de manera que se verá cómo en esos países los ámbitos de protección difieren entre sí de tal manera, que es necesario para Colombia tener una concreción y tomar una posición que permita señalar una perspectiva, teniendo en cuenta que no existe una regulación específica en materia de cláusulas abusivas que sea útil para todo tipo de contratos. Se refieren los Proyectos de Ley que sobre la materia se han propuesto en la Cámara y Senado de Colombia (*Capítulo 1. Num. 3.1.*).

En efecto estudia, un ámbito objetivo (*Capítulo 1. Num. 2.1.*) que determina si la cláusula abusiva es propia de los contratos de adhesión como lo ha manifestado la doctrina mayoritaria; o si por el contrario, puede presentarse en los contratos negociados (*Capítulo 1. Num. 2.1.1.*); si una cláusula abusiva puede serlo también una cláusula que especifique el precio en los contratos onerosos, ello en referencia a los elementos esenciales de un contrato (*Capítulo 1. Num. 2.1.2.1.*) En concordancia, se establece la forma en que esas cláusulas hacen parte del contenido accesorio o accidental y de la naturaleza de los contratos (*Capítulo 1. Num. 2.1.2.2.*)

En el ámbito subjetivo (*Capítulo 1. Num. 2.2.*) se estudia si el hecho de que se estipulen las cláusulas abusivas en un contrato es producto de la posición dominante contractual que en la actualidad es una situación jurídica subjetiva de ventaja en el campo económico⁶ (*Capítulo 1. Num. 2.2.1.*). En el mismo sentido subjetivo y con la aparición de los Estatutos del Consumidor es necesario aclarar quién es definido como tal; cómo se pueden llegar a estipular cláusulas abusivas en su contra y si él es su único receptor (*Capítulo 1. Num. 2.2.2.*) En este caso se

⁶ “En los últimos años se ha expandido en el país varias disposiciones tendientes a prevenir y castigar los abusos de posición dominante en que puedan incurrir empresas poderosas, nacionales o extranjeras, que tienen una marcada influencia o una ostensible preponderancia en los mercados de los diversos productos o servicios” Cfr. SUESCUN, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I.* Ed. Legis. Bogotá. 2005, p. 628

ha realizado una referencia a la protección a la parte débil (*Capítulo 1. Num. 2.2.3.*) que engloba en su concepto a un gran número de partes como destinatarias de las cláusulas objeto de estudio y se citan algunos ejemplos (*Capítulo 1. Num. 2.2.4.*).

Es necesario decir que el problema no es sólo conceptual sino que además, por la creación de un significado, las repercusiones en la vida jurídica y económica son determinantes, de manera que su valor obliga a plantearse varios cuestionamientos que deben ser resueltos en aras de la verdad y el destino de Colombia. Es así como la realidad de un escaso material⁷, representado en la poca legislación e insuficiente doctrina nacional, ha sido para Colombia una prueba de la falta de interés por la protección del equilibrio contractual.

De cualquier forma, al señalarse una perspectiva para Colombia (*Capítulo 1. Num. 3.1.*), se expresan los contenidos del concepto de cláusula abusiva pero siempre bajo la mirada continua a los Principios y Fines del Derecho, los que por sí solos harían descubrir su presencia en un contrato, como se verá. De ahí la importancia del Capítulo Preliminar de este estudio como telón de fondo sobre el que se desarrolla la concepción.

En el Capítulo 2, denominado “Tipología de las Cláusulas Abusivas”, se realiza un acercamiento a una posible clasificación de estas cláusulas que al ser incluidas en las legislaciones señalarían alguna forma de realizarse los contratos, precisamente evitando la inclusión de algunos de esos términos contractuales.

Esa clasificación agrupa cláusulas que se han identificado en las distintas legislaciones y en algunas jurisprudencias, pero coinciden en que “desnaturalizan” las obligaciones (*Capítulo 2. Num. 1.1.*); son eximentes de responsabilidad

⁷ En Colombia únicamente en referencia de las cláusulas abusivas la Ley 142 de 1994.

(*Capítulo 2. Num. 1.2.*); amplían o restringen los derechos (*Capítulo 2. Num2*); pueden ser sorpresivas (*Capítulo 2. Num. 3*) y otras tantas, ilegales (*Capítulo 2 Num.4*). Estos mismos factores deben ser analizados en todo el contexto del contrato si se quiere contrastar con los principios y fines; es decir, por ejemplo, que aunque una cláusula sea por sí sola abusiva, no es tal, sin que denote realmente que desequilibra los derechos y obligaciones del contrato.

La principal razón para incluir este capítulo, teniendo en cuenta que esa identificación depende de cada tipo contractual, es que puede tener un carácter educativo en la medida en que para los contratos individuales⁸, los contratantes pueden sustraerse de estipular estos tipos de cláusulas. Sucede que aún cuando surja el conflicto, la parte afectada se sustrae a iniciar acciones tendientes a demandar su derecho y las condiciones de inferioridad cultural en las que se encuentra, hacen que no conozca con anterioridad qué sería abusivo y qué no. Esta doctrina de tipología acerca a los contratantes a lo que es materia de abuso y a tener la posibilidad de defender sus derechos –en cuanto sea posible– en las negociaciones previas.

El estudio sobre el concepto y tipología de las cláusulas abusivas se desarrolla entonces en tres capítulos: el Capítulo Preliminar titulado “Principios y Fines del Derecho y de la Contratación para determinar una Cláusula Abusiva”; el Capítulo 1 denominado “Delimitación del Concepto de Cláusula Abusiva” y el Capítulo 2 llamado “Tipología de las Cláusulas Abusivas”.

⁸ A diferencia de los contratos en masa, con condiciones generales de contratación, previamente estudiados y controlados administrativamente.

CAPITULO PRELIMINAR
PRINCIPIOS¹ Y FINES DEL DERECHO² Y DE LA CONTRATACION PARA
DETERMINAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA.

“...un lenguaje común, que obvie las discusiones meramente semánticas, pero que exprese un sistema racional y ético, producto del espíritu pluralista y de tolerancia tan pregonado en nuestro tiempo que implica disposición de principios, búsqueda desprevenida de lo óptimo en cada sistema, respeto de sanas costumbres, intuición de respuestas apropiadas, vigencia de una ética rigurosa...”

PRINCIPIOS UNIDROIT 2004³

Conviene para este estudio sobre un concepto de cláusulas abusivas, determinar las causas y razones por las cuales en un ordenamiento jurídico, ellas están prohibidas y con base en qué fundamentos y fines, el Derecho estima que una cláusula contractual es abusiva. No es suficiente delimitar un concepto y tratar de explicar cada uno de sus elementos si no se conoce de dónde proviene o cuál es la fuente de la que dimana una prohibición, toda vez que ella debe estar soportada, explicada y justificada de manera tal, que se torne en una auténtica

¹ “Un texto de GAYO que aparece en el *Digesto* nos sirve para llegar a esa conclusión. En ese texto se afirma que <el principio es la parte más importante de cualquier cosa> (*potissima pars principium est*)”. Cfr. RENGIFO Ernesto. *El abuso del Derecho como fuente autónoma de obligaciones*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hiestrosa. 40 años de Rectoría. Tomo II. cit., p. 106.

² El tema de los Principios y Fines del Derecho, están inmersos en la Filosofía del Derecho y en un gran número de teorías y frente a ellos existen muchas discusiones acerca de su naturaleza; es necesario para el objeto de este estudio tener en cuenta que de una u otra manera hacen parte de nuestro Derecho conocido y consecuente ordenamiento jurídico.

³ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/fulltext/contents.htm>. Los Principios Unidroit fueron elaborados en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. Cfr. AGUIRRE Alix. MANASÍA Nelly. *Los Principios Unidroit En Las Relaciones Comerciales Internacionales*. En REVISTA DE DERECHO. UNIVERSIDAD DEL NORTE. Vol. No. 25 (47 – 49 2006).

prohibición jurídica⁴. Los Principios Generales de Derecho se orientan a ese objetivo, a explicar la fuente de la cual emana el Derecho mismo, cuál es su origen y cómo se hace posible en las relaciones humanas, entre ellas, el contrato⁵. La pretensión consiste entonces no sólo en fundamentar la existencia de la prohibición sino además, explicar la razón sobre la cual discurre la materia⁶ de los contratos de manera que, sea posible también conocer cuál es la base para contratar.

Con todo, allí no se agota la misión en el Derecho, con explicarse a sí mismo encuentra respuesta a la cuestión de su origen y su por qué; pero conviene saber, justificar y explicar su para qué, qué objetivo o fin persigue el Derecho, hacia dónde se encauza esa fuente y cuál es el efecto que produce en las relaciones humanas, entre ellas, el contrato. Cuáles son los objetivos por los cuales se prohíben los abusos en las cláusulas, qué es lo que se busca con esa prohibición.

El hallazgo de los Principios y de los Fines del Derecho permiten la realización de un trabajo honesto cuyas características están dadas por la necesidad de ordenar la vida social, del reconocimiento a la capacidad del hombre para realizar contratos buenos, y, el empeño por demostrar que la conciencia colectiva tiene valores ético - jurídicos que merecen ser aprehendidos por los que no los han descubierto ó no quieren hacerlo.

A continuación se definen los Principios (1) y Fines (2) del Derecho que sirven de fundamento a la determinación de una cláusula abusiva y como sustento a cada

⁴ Adquiere la connotación de jurídica en cuanto se revela una relación en la que hay una cosa debida o deuda y una razón para su exigibilidad. Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 2000, p. 31.

⁵ “El contrato debe ser una interpretación y realización concreta de las relaciones humanas y de sus múltiples formas”. Cfr. BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. cit., p. 44.

⁶ Cfr. HINESTROSA Fernando. *De los Principios Generales del Derecho a los Principios Generales del Contrato*. En Revista de Derecho Privado. Vol. No. 05 (Enero – Junio 2003), p.3.

una de las posiciones que serán asumidas en relación con el ámbito objetivo y subjetivo que se estudiará⁷, teniendo en cuenta que de las variadas posturas y teorías en relación al contenido de los principios y fines, el que se asume como criterio orientador para el desarrollo de un concepto de cláusula abusiva, es el que se expresa en seguida.

⁷ *Infra.* Capítulo 1. Num. 2

1. Principios del Derecho y de la Contratación.

La búsqueda de los Principios Generales del Derecho tiene en la persona humana su punto primero de observación; es a través de ella que se descubren los Principios por los cuales se deben gobernar sus actos, sus relaciones humanas, para desde allí otorgarles valor, reconocimiento y demostración conforme a su evidencia⁸. Ese proceso de transformación del Principio desde su descubrimiento⁹ hasta su “instalación” en el ordenamiento jurídico se presenta y consolida en las diferentes épocas históricas¹⁰ y se explica por su carácter de satisfacción en la evidencia en las relaciones humanas y sociales que gobierna; es decir que “la constancia y precisión de sus aplicaciones tienden a conferir valor positivo al principio, aun sin no ha sido expresamente formulado, porque aparece como implicado por las soluciones dadas”¹¹. Esta es, pues, una de las funciones que asumen los Principios; se convierten en el punto de referencia de la aplicación del Derecho en la búsqueda de decisiones de casos concretos proporcionando pautas o guías para encontrar, precisamente, en cada caso “lo que es Derecho”¹².

Ahora bien, a su positivización en el ordenamiento jurídico se le confiere el rango de Constitucional, pues el Principio General de Derecho asume la tarea de ser el

⁸ Cfr. BELADIEZ Margarita. *Los Principios Jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994, p. 64.

⁹ “la propia redacción de esos principios corre de cuenta de la divinidad, o es atribuible a un *ius gentium* o a un *ius naturale*, religioso o laico”. Cfr. HINESTROSA Fernando. *De los Principios Generales del Derecho a los Principios Generales del Contrato*. cit, p. 7.

¹⁰ La referencia histórica se manifiesta en el proceso de formación y en la tarea de recopilación de las *regulae* y *maximae* en Roma”. *Ibid.*, p.7

¹¹ Cfr. BATIFFOL Henry. *Filosofía del Derecho*. Ed. Publicaciones Cruz O., S.A. México D.F. 1995, p. 84.

¹² Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del Derecho*. Ed. Civitas. Madrid. 1984, p. 224

dominador superior de las realidades jurídicas¹³ sin olvidar que es necesario que cumpla con su razón más importante de ser; hacerse real e incorporarse a la vida social¹⁴.

El contrato es una realidad jurídica; es decir, se hace exigible conforme a una obligación contraída por las partes, en la que son a la vez acreedor – deudor. Sus fundamentos son los mismos que los Generales del Derecho, porque el contrato es Derecho también y esa exigibilidad es garantizada por el Estado pues éste es el mecanismo global del reconocimiento que se hacen entre sí los individuos y que los lleva a contratar¹⁵. En esa perspectiva, debe observarse una relación humana que por lo menos tendrá dos partes y cada una de ellas tiene la obligación y el derecho a que se respeten y hagan valer los respectivos Principios, de manera que, se forjen verdaderamente efectivos en el tráfico jurídico y sin discriminación alguna.

En Occidente particularmente, el Derecho ha permitido descubrir la expresión de un modo de ser, un espíritu jurídico, ético y político¹⁶ que conforma la forma en que se ordenan las relaciones, - en el caso de este estudio -, contractuales. Es por ello, que un contrato reviste la sumisión a estos principios, pues cada individuo que contrata tiene la capacidad para concretarse a ellos. El análisis de cada uno

¹³ Se ha denominado en la contemporaneidad, a esta tarea como la Constitucionalización del Derecho que en el “Nuevo Derecho” sostiene una relativa unidad e interpenetración entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, como corolario jurídico de una tesis general de filosofía moral: la distinción entre el espacio público y privado es un artificio del individualismo liberal que buscaba aislar de la crítica político – constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital”. Cfr. LOPEZ Diego. *El derecho de los Jueces*. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2000, p . 191.

¹⁴ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del Derecho*. cit., p. 220

¹⁵ Cfr. BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. cit., p. 45.

¹⁶ Cfr. HINESTROSA Fernando. *De los Principios Generales del Derecho a los Principios Generales del Contrato*. cit., p. 8.

de los principios conlleva la explicación de lo que constituye en sí, la prohibición de la cláusula abusiva en una armonía que permite evaluar un contrato y hallar sus vicios más allá de los que pudiera tener el consentimiento¹⁷, regulados ellos por la ley civil. Cada gran Principio explicado conforme a unas reglas de Derecho¹⁸ que lo complementan y le dan forma; dentro de ellas, la regla de prohibición de cláusulas abusivas que no por estar inmersa dentro del principio de la Buena Fe, - como a continuación se va a explicar –deja de estar en armonía con los demás principios y de tener estrecha relación con sus fines. Además es importante decir que a los Principios se le dará un significado de ser positivos, en el sentido contrario a aquello que resulta negativo¹⁹.

Cada uno de los Principios que se van analizar a continuación, tiene una referencia explícita en la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina en relación con las cláusulas abusivas y en una definición que de ellas se ha comparado. El más frecuente en los axiomas es el Principio de la Buena Fe²⁰, con todas sus reglas que lo complementan como la Prohibición del Abuso del Derecho y sus especificaciones: proporcionalidad²¹ y prohibición de las cláusulas abusivas²²; la Transparencia y, los Deberes de actuar con diligencia y cuidado y de Lealtad con sus consecuencias en la máxima del *Pacta Sunt Servanda* y en la Seguridad Jurídica. El Principio de Igualdad, más concreto en la equivalencia de las

¹⁷ Una cosa es los vicios del consentimiento y otra, los vicios del contrato; dos realidades que tienden a confundirse.

¹⁸ La Regla de Derecho, además de norma, explica también la razón de ser del Principio.

¹⁹ Si el Principio “es la parte más importante de una cosa” (ver nota 1), no se puede revestir ella de un carácter negativo como se ha utilizado. Por ejemplo, el principio del abuso del Derecho.

²⁰ “Habrán de reputarse abusivas, y por tanto nulas, aquellas cláusulas predispuestas que, pese a las exigencias de la Buena Fe...” Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Ed. Univ. Externado de Colombia. Bogotá. 2004, p. 193.

²¹ *Infra*. Num. 1.1.1.1.

²² *Infra*. Num. 1.1.1.2.

prestaciones y en el equilibrio entre derechos y obligaciones como una medida para determinar si la cláusula es abusiva o no.

Estos primeros principios Buena Fe (1.1) e Igualdad (1.2) conservan una importancia especial en este tema de estudio y se complementan conforme al tipo de contrato de que se trate (contrato de adhesión o contrato de libre discusión), como se verá. Los principios de Libertad Contractual y Autonomía (1.3), se explican como los grandes paradigmas actuales de contratación, pero siguen a los primeros en orden de importancia y jerarquía. Con base en ellos se construye el contenido del concepto de Cláusula Abusiva y se fundamenta una teoría para que las personas contraten de verdad²³.

1.1. Principio de la Buena Fe.

En el ámbito de las relaciones jurídicas y, en consecuencia las patrimoniales y contractuales, se presentan datos fundamentales que se han reflejado como un producto histórico, pero que surgen jurídicamente de la constante observación de la conducta humana. El Principio de la Buena Fe, se ha constituido como uno de los fundamentales y más importantes paradigmas de esas relaciones y es una referencia constante en las legislaciones civiles²⁴ de las naciones del sistema

²³ “Contratar de verdad” significa que cada contrato sea conforme a los Principios y Fines de la Contratación y a las normas de orden público y según el Artículo 1502 del Código Civil Colombiano; es decir, que corresponda con una causa y objeto lícito; que quienes contratan lo hagan libre de vicios en su consentimiento y con la plena capacidad.

²⁴ “El parágrafo 242 del Código Civil alemán estatuye que el deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la buena fe (*treu and Glauben*) y los usos del tráfico (*Verkehrssitte*)... En el derecho italiano, el artículo 1.175 CC preceptúa que el deudor y el acreedor deben comportarse conforme a las reglas de la corrección. En nuestro Código civil (el español) es fundamental el artículo 7.1, según el cual <los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe>”. Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 1996, p. 49.

romano – germánico y de sus respectivas Constituciones²⁵. Para el sistema anglosajón, el postulado de las negociaciones honestas (*fair dealing*) se completa con doctrinas especiales²⁶ y es una de las cuestiones básicas para tipificar los contratos²⁷, pues reviste la característica esencial de prevalecer sobre las disposiciones contractuales²⁸.

¿Qué significado tiene entonces el Principio General de la Buena Fe y cómo se manifiesta en el Contrato y en las relaciones que éste determina? Para precisar su contenido y conforme a lo dicho respecto de los Principios, se parte del punto inicial de observación y de configuración, que es la persona humana. Al contratar, ella está en capacidad de crear, modificar, y extinguir obligaciones²⁹, jurídicas conforme a sus necesidades, en específicas relaciones de alteridad, lo que implica circunstancias iguales para el otro contratante³⁰. Esa conducta humana se despliega en razón a la honestidad que le es inherente y se verifica jurídicamente como regla moral positivizada en las tareas del juez³¹ y del

²⁵ Por ejemplo, el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dice así: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

²⁶ Doctrinas especiales: violencia económica (*economic duress*), error (*mistakes*), *promissor y estoppel*, declaraciones falsas y engañosas (*misrepresentation*), frustración (*frustration*), y otras del mismo tenor. Cfr. VALLEJO Felipe. *El concepto de la Buena fe en los contratos*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. cit., p. 480.

²⁷ Cfr. GARCIA –AMIGÓ Manuel. *Lecciones de Derecho Civil: Teoría General de las obligaciones y Contratos*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1995, p. 126.

²⁸ Cfr. BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2007. p. 522

²⁹ Cfr. GARCIA –AMIGÓ Manuel. *Lecciones de Derecho Civil: Teoría General de las obligaciones y Contratos*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1995, p. 119.

³⁰ Hoy se habla incluso de Solidaridad Contractual. Cfr. BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. cit., p. 526

³¹ “La Buena Fe, dice BETTI, se presenta como un criterio interpretativo, de acuerdo con el cual debe ser entendido el sentido y el significado de los contratos...” Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 50.

legislador³². Así las cosas, la Buena Fe, es una conducta humana con dimensión ética que implica valores de honestidad³³ y confianza, en los comportamientos relacionales.

Para verificarla y hacerla evidente en su dimensión jurídica, se le ha denominado Buena Fe Objetiva, manifiesta en el ejercicio de los derechos y deberes conforme a unas reglas que le dan forma; los deberes de Lealtad, de actuar con diligencia y cuidado, de proceder con transparencia, de integrar la seguridad jurídica. Ello se denota como objetivado, en la medida en que la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes³⁴ se cumplen.

La Buena Fe Subjetiva se constata en la intención de los sujetos en el ejercicio de los derechos y obligaciones como la forma en que cada uno asume su posición contractual, en la creencia o convicción de que se está actuando conforme a Derecho³⁵, por ejemplo, libre de vicios; sin utilizar la fuerza, sin inducir al error, sin actuar con dolo.

³² Cfr. SOTO Carlos. *Las cláusulas Generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. Ed. Jurista Editores. Buenos Aires. 2002, p. 254.

³³ Honestidad que significa: “rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, ingenuidad, candor, inocencia, entre otros conceptos, teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable”. Cfr. JIMENEZ Roxana. *La Unidad del Principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno*. En A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. cit., p. 79.

³⁴ *Ibíd.*, p. 81

³⁵ “Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez - tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en los negocios-, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres” En Sentencia de 23 de Junio de 1958. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Arturo Valencia Zea. En G.J. T. LXXXVIII, p. 233.

Esas manifestaciones – la objetiva y la subjetiva - son un panorama general de la Buena Fe³⁶, que será necesario observar en cada caso concreto de un contrato³⁷, en la revisión del mismo y de las estipulaciones y cláusulas que contenga; su precisión se fundamentará en toda la actuación de las partes involucradas desde la formación del contrato, hasta la forma de su culminación, ejecución e incluso durante su extinción³⁸.

La Buena Fe entonces, centra su significado en la confianza³⁹ de los seres humanos entre sí para relacionarse; de otra forma, no serían posibles los contratos, convenciones y negocios. Sin embargo, todas las implicaciones de este Principio y la confrontación con ciertas actuaciones históricas, ha permitido configurar algunas reglas que le dan contenido y que son producto inmediato de las necesidades de justicia y equidad, fines del Derecho y son ellas específicamente en relación con el tema de las cláusulas abusivas: la prohibición de abusar del derecho, la proporcionalidad, la transparencia, el deber de actuar

³⁶ “La buena fe es un Principio General del derecho que opera como cláusula general” Cfr. BUERES Alberto. *La Buena Fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría. cit., p. 172

³⁷ “la Buena Fe no impone un comportamiento con un contenido preestablecido” Cfr. BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. cit., p. 523

³⁸ Como por ejemplo, la obligación de confidencialidad cuando se ha ejecutado el contrato. Cfr. BÉNABENT Alain. *La Buena Fe*. En A.A.V.V. *El contrato : problemas actuales, evolución, cambios. Jornadas Colombianas (2005 : Sep. 21- 22 : Bogotá)*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C., 2007, p. 153

³⁹ “De acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones.” Sentencia Constitucional C-840 de 2001, citada en la Sentencia Constitucional C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En www.ramajudicial.gov.co

con diligencia y cuidado, el deber de lealtad, la máxima de *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.

Para el objetivo de este estudio y respecto de las cláusulas abusivas, el Principio General de la Buena Fe⁴⁰, con toda su fuerza obligatoria, las prohíbe en la medida en que son manifestación del abuso del Derecho, una de las formas que asume la mala fe y que se apodera de las realidades negociales actuales.

Su confrontación con las demás reglas y principios de este capítulo, hace ver que su ubicación meramente sistemática y ordenadora, no excluye las importantes relaciones y conexiones inmediatas y sobre todo, inseparables de esas reglas y principios que constatan que se trata de una completa armonía.

1.1.1. Prohibición del Abuso de Derecho.

El ejercicio de un derecho subjetivo, es una facultad reconocida al ser humano para que realice conforme a sus expectativas y necesidades, actos jurídicos. Ellos implican, por consiguiente, el cumplimiento de un deber correlativo, conforme se le ha concedido la posibilidad de un ejercicio libre y autónomo de sus facultades; se exige así mismo que en la relación jurídica subsista un carácter recíproco en el cumplimiento de los deberes que el mismo Derecho pregona. Así que, en primer lugar, la noción del Abuso del Derecho está referida al espacio de libertad que se concede al hombre para que ejerza sus derechos. En segundo lugar, se refiere a que ese ejercicio de las facultades, se dirige a producir daño a otras personas⁴¹,

⁴⁰ “la buena fe será el preciado auxiliar del magistrado para la vinculación jurídica eficaz, pero a la vez moralmente aceptable” Cfr. REZZONICO Juan. *Principios fundamentales de los contratos*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1999, p. 623.

⁴¹ Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 51

sobrepasando manifiestamente los límites normales⁴² en que se desenvuelve el acto de que se trate, desbordando su función social y/o desviando en un fin ilegítimo y poco serio⁴³. Un acto así es calificado de “mala fe” y contraría la esencia misma del Derecho: “es un acto excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno”⁴⁴.

Pues bien, esa generalidad se hace específica en los contratos, en los cuales una de las partes está en un relevante grado de superioridad en relación con la otra; ello se manifiesta en el contrato frente a la redacción de las cláusulas y estipulaciones. Abusa del Derecho de contratación y de la facultad dispositiva quien, estipula condiciones que afectan gravemente a su contraparte –por la razón que sea-, haciendo un contrato injusto e inequitativo, conforme a las reglas de la moral⁴⁵.

⁴² Artículo 7.2 Código Civil Español

⁴³ Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 51

⁴⁴ Cfr. FERNANDEZ Carlos. *Abuso del Derecho*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992, p. 143

⁴⁵ “...en lo que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en denominar un abuso del derecho, pues si el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea sin traspasar los límites de la moral, éste no se conforma con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, sino que exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo. Es claro, que los elementos constitutivos del abuso del derecho a los que se refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre la materia, en el caso que se revisa se presentan inequívocamente, pues a través de una conducta que refleja de manera nítida un exceso en el ejercicio de las facultades contractuales de la demandada, ésta, que sin duda se encuentra en posición dominante frente a sus usuarios...” [En Sentencia Constitucional T-411 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz. En \[www.ramajudicial.gov.co\]\(http://www.ramajudicial.gov.co\)](#)

1.1.1.1. Proporcionalidad

En los supuestos de relaciones desiguales entre sujetos y entre cosas⁴⁶, la regla de Proporcionalidad en los contratos, se inclina a decir al contratante que tiene una posición dominante, frente a una parte débil que, conforme a sus capacidades, conocimientos y demás cualidades sociales y económicas, evalúe el tipo de contrato que va a realizar y realice una ecuación de tipo económico y de obligaciones y derechos y configure el contrato proporcionalmente; es decir, que las cargas sean repartidas por él conforme a la capacidad del otro y no a su simple conveniencia. En relación contractual, esta regla se armoniza con la prohibición de abuso del Derecho.

De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la Posición Dominante sea ejercida de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas no se vean afectados⁴⁷.

1.1.1.2. Prohibición de las Cláusulas Abusivas.

En relación con los contratos, la manifestación del Abuso del Derecho se produce en la estipulación de cláusulas abusivas que sean redactadas por una de las

⁴⁶ "En la realización del juicio de igualdad es necesario establecer, cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material y funcional, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado. Realizado esto, es preciso determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima". En Sentencia Constitucional C- 421 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En www.ramajudicial.gov.co

⁴⁷ *Ibíd.*

partes (contratos de adhesión) ó “convenidas” (contratos negociados)⁴⁸ entre aquellas. Se ordenan en este campo específico de los Principios, porque cuando una de las partes tiene una facultad para configurar el contrato, puede actuar de mala fe y conforme a su conveniencia, disponer cláusulas que para la contra parte resultan perjudiciales e injustas. Ese abuso contractual se da en el plano de la desigualdad que impera en la relación jurídica de que se trate, lo que conlleva a la facilidad para crear disposiciones abusivas, contrarias a la Buena Fe, así se afirme “haber discutido el contrato”.

1.1.2. Transparencia

Las relaciones jurídicas se proyectan con fundamento en el conocimiento que cada una de las partes debe tener en el contenido de los contratos que realiza y ésta solo está garantizada en la medida en que cada parte, de Buena Fe, declare y explique exactamente aquello que estipula en el contrato; es decir, qué implicaciones tiene cada una de las cláusulas; cuáles son los motivos para disponerlas; cómo se hacen efectivas; si requieren un cálculo, cómo se realiza y qué efectos produce; todo, para que no resulten oscuras, incomprensibles, y/o sorprendidas⁴⁹.

La transparencia es, entonces, la cualidad en la que las causas y los objetos pueden verse claramente; para los contratos, la forma en la las cláusulas son de conocimiento de cada una de las partes en sus calidades y efectos sin que en algún momento lleguen a ser sorprendidas o manifestarse oscuras o ambiguas⁵⁰.

⁴⁸ *Infra*. Capítulo I. Num. 2.1.1.

⁴⁹ Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 208.

⁵⁰ Cfr. MIQUEL José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hiestrosa. 40 años de Rectoría. Tomo II. cit., p. 445

Este derecho – deber de Transparencia puede asegurar para el tráfico jurídico – únicamente - que los contratos puedan ser completamente discutidos conforme a la disponibilidad de las partes para hacerlo con su consecuencia lógica de estar sujeto a modificaciones en la medida en que ello sea posible⁵¹ y no que por el exacto conocimiento, la cláusula deje de ser lo que es; es decir, Abusiva, pues “la transparencia cumple solamente una importante función en el desenvolvimiento del contrato, porque a pesar de que sean claras y simples , no se excluye el control de contenido”⁵².

Sin embargo, sí es procedente decir que las cláusulas de los contratos de adhesión, tal y como se presentan en la actualidad, son las más susceptibles de falta de transparencia⁵³.

La Transparencia tiene como asidero todo el contrato, desde su nacimiento hasta su vida posterior y ulterior, para que se garantice que las obligaciones, deberes y cargas, y los derechos, poderes y facultades⁵⁴ , en todo el conjunto del contrato, puedan ser sopesadas para quien contrata y decidir –si puede hacerlo- si contrata

⁵¹ En los contratos de adhesión, no es posible, por lo que la Transparencia es esencial a este tipo de contrato.

⁵² Cfr. MIQUEL José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. cit., p. 445

⁵³ Por ello, el proyecto de Ley 115 de 2000 Cámara en G.C. 450 de 16 de Noviembre, por el cual se crea un Estatuto del Consumidor, en su artículo 5º, literal d, expresaba que para la validez de las Condiciones Generales era necesario: 1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. En el escrito del contrato, los caracteres deben ser legibles a simple vista. 3. No incluir espacios en blanco. *Infra*. Capítulo 1. Num. 3.1.

⁵⁴ Cfr. MIQUEL, José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. cit., p. 444

o no⁵⁵ y en qué circunstancias para el desenvolvimiento normal de la relación contractual.

Esta regla es indispensable e inseparable del Principio de Buena Fe porque hace que los controles judiciales de los contratos sean escasos y, sobretodo si se trata de contratos negociados, en los cuales la Justicia puede depender de ella, por ejemplo, de una correcta apreciación aritmética fundada en la explicación coherente y oportuna de una cláusula, cualidades de la transparencia⁵⁶.

1.1.3. Deberes

Los deberes que emanan de la Buena Fe, se expresan en el actuar con diligencia y cuidado como una forma de evitar que la otra parte ejerza su derecho dispositivo en forma abusiva y de cumplir con la palabra dada, una vez se ha contratado, formulados en los paradigmas de Lealtad y *pacta sunt servanda*, con todas sus implicaciones y su mayor consecuencia, la seguridad jurídica.

1.1.3.1. Deber de actuar con diligencia y cuidado.

Si se acepta la definición común del contrato que inicia “el contrato es un acuerdo de voluntades...”⁵⁷, en una visión de supremacía de la voluntad, esto quiere decir

⁵⁵ “Quien pretende obtener un seguro ciertamente está en mejor capacidad para conocer todas las circunstancias del riesgo que se trata de cubrir, lo que consecuentemente le impone el deber de revelarle tales circunstancias al asegurador para que éste pueda apreciar dicho riesgo y decidir si lo asume o no (...)” En Sentencia de 15 de Diciembre de 1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. En Gaceta Judicial CXXXVI. p. 186.

⁵⁶ Cualidades de la transparencia. Coherencia: precisión entre el contenido literal de la cláusula y la realidad y Oportunidad: la cláusula debe ser explicada en el momento y lugar más convenientes para las partes involucradas en el contrato.

⁵⁷ Artículo 1494 del Código Civil Colombiano.

que, ella misma se faculta para determinar sus propios intereses en la medida en que acepta las condiciones de la otra parte o ha discutido conforme a su saber y entender las estipulaciones del contrato. Para evitar suprimir la capacidad del hombre para ejercer su libertad contractual conforme a su criterio, el Derecho le dice que, de todas formas, debe actuar con diligencia y cuidado. Parece, sin embargo, que dicho deber tiene matices que deben precisarse para evitar endilgar la responsabilidad de todo vicio contractual a la parte que supuestamente fue “negligente”.

Con fundamento también en el deber de transparencia, la diligencia y el cuidado permiten a cada una de las partes, asumir frente a su contrato una posición de ser garante del propio interés⁵⁸, a vigilar los contratos que acepten⁵⁹, a evitar la indiferencia frente a la responsabilidad de contratar, en la perspectiva jurídica de asumir obligaciones y tener que cumplirlas conforme al *Pacta Sunt Servanda* y a la Lealtad como actos de Buena Fe.

Se requiere del reconocimiento a la capacidad de la persona para asumir un rol central en su propio contrato, conociendo todas sus características, poniendo esmerada atención y vigilancia a su propio negocio, asumiendo los miramientos necesarios que incumben a cada sujeto negocial y atendiendo a cada una de las cláusulas que le son propias con pulida sagacidad⁶⁰, con el fin de conseguir un pleno consentimiento contractual que se adecue en la forma más precisa a la causa del contrato. Ese es el actuar diligente en relación con la Buena Fe y se espera que cada contratante tenga esa actitud.

⁵⁸ Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999, p. 20.

⁵⁹ Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 98.

⁶⁰ Cfr. HINESTROSA Fernando. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. En A.A.V.V. *Estudios de Derecho Privado*. Ed. Universidad Externado. Bogotá. 1986, p. 43.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones jurídicas, el entendimiento de todos y cada uno de los aspectos detallados en un contrato no es una cuestión infalible que deba ser aprehendida en toda su radicalidad; así que es necesario utilizar el sentido común en el estándar del hombre razonable⁶¹ para entender que en cada relación se espera es una diligencia ordinaria, estimable con base en un criterio de normalidad, respecto del tipo de operación económica⁶², teniendo en cuenta también la disparidad que puede presentarse en cada una de las partes que contrata, atendiendo a sus condiciones económicas, sociales y educativas; “lo que debe relajar moderadamente y atendiendo a cada caso concreto, la severidad con que ha de hacerse el juicio crítico del clausulado suscrito”⁶³. Y aunque ello constituye la base primera del cumplimiento contractual; para evocar aquellas circunstancias en las cuales, – aún actuando con diligencia y cuidado - las partes no alcanzan a prever el alcance de su consentimiento, el Derecho concibe la cláusula *REBUS SIC STANTIBUS* ó Teoría de la Imprevisión atendiendo a una realidad en la que las relaciones jurídico – patrimoniales son complejas y no se pueden prever todas sus consecuencias o circunstancias que puedan modificar el contrato en alguna de sus etapas; ocurre un cambio sobreviniente en las situaciones que sacuden con violencia los datos objetivos por lo cuales el contrato se había establecido, ocasionándose graves desequilibrios⁶⁴.

“En tal dimensión la Buena Fe no es el actuar diligente, (...) que, probablemente, tiene su génesis en la conexión que se hacía en el derecho romano posclásico entre la *fides* y la teoría de la prestación de la culpa”⁶⁵. El deber de diligencia y

⁶¹ Cfr. LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la Libertad Contractual*. cit., p. 312.

⁶² Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 219

⁶³ Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. cit., p. 91

⁶⁴ Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 48.

⁶⁵ Cfr. BUERES Alberto. *La Buena Fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual*. cit., p. 174.

cuidado en esta etapa, no tiene relación con toda acusación de faltar a la Buena Fe⁶⁶, pues aún conforme con la idea que los define y a la concepción que se tiene de ellos, el Derecho asume y el Juez debe contar con que en un contrato no todo está dicho en su tenor literal.

1.1.3.2. Deber de Lealtad, *Pacta Sunt Servanda* y Seguridad jurídica.

Una de las más importantes reglas del Principio de la Buena Fe es la que expresa que los contratos deben ser cumplidos con Lealtad⁶⁷. Este valor ético – jurídico establece la fidelidad a la palabra dada, al cumplimiento de los compromisos adquiridos con la otra parte o partes del contrato y al respeto hacia la dignidad de la otra persona o personas con quienes se contrata. También radica en que la persona –contratante honesta- “atienda los especiales deberes de conducta que se deriven de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes”⁶⁸, con su significado etimológico de cumplir la ley. Ese aspecto, se enmarca especialmente en la garantía para una interpretación adecuada del contrato, de sus causas y objetos, “en el sentido de que la exigencia de coherencia, que exige preservar la fuerza vinculante del mismo, sea entendida de forma tal que responda no a la letra del acuerdo, sino al espíritu y finalidades perseguida por las partes”⁶⁹. Esta situación es de resaltada importancia, por cuanto implica que el

⁶⁶ “El juicio de buena fe y el juicio de diligencia son diferentes y autónomos” *Ibíd.* 178

⁶⁷ “La expresión Buena Fe indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y en general, emplear con los demás una conducta leal” En Sentencia de 23 de Junio de 1958, p. 233.

⁶⁸ Cfr. NEME Martha. “*Venire contra factum proprium*”, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la Buena Fe. En A.A.V.V. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría. Tomo II. cit., p. 28.

⁶⁹ *Ibídem.*

contenido literal del contrato puede ser desconocido en aras de cumplir con el contrato mismo, reconocer expresamente lo que concibieron las partes para contratar y ejercer los derechos y obligaciones propios del tipo negocial que se quiso celebrar o conforme a la iniciativa contractual que en realidad se quiso ejecutar.

Cuando se está frente a un contrato, es preciso cumplir con énfasis cada una de las estipulaciones acordadas y empeñarse porque éste cumpla todos los efectos propuestos en materia de obligaciones surgidas de él.

Ahora bien, existe una Lealtad superior a toda ley positiva – aunque se encuentre también en ella - que reside en el cumplimiento del Derecho y comporta también para los contratos, que se debe cumplir con lo ordenado por este; es decir, que cada acto humano se gobierne con fundamento en los Principios y Fines del Derecho. Entonces, desde la concepción de determinada figura contractual, hasta su ejecución y si es necesario, hasta sus actos posteriores, el contrato debe estar integrado conforme a la Lealtad al orden jerárquico superior⁷⁰.

En franca relación con la Lealtad, el postulado de *Pacta Sunt Servanda* predica el cumplimiento obligatorio de los pactos, con toda su fuerza vinculante basada en la creación que realizan las partes conforme a la Libertad contractual y a la facultad dispositiva que se ha reconocido a ellas, entendiendo que “el hombre es libre por esencia y no se puede obligar sino por su propia voluntad”⁷¹. De esta manera se hace exigible el cumplimiento del pacto que creó, conforme a su tenor literal⁷².

⁷⁰ Se pretende añadir a la pirámide kelseniana en un rango de relaciones jurídicas, al contrato.

⁷¹ Cfr. BALLESTEROS José. Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada. cit., p 18.

⁷² Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p 47.

Es importante analizar también si el deber de Lealtad y el *pacta sunt servanda*, se hacen exigibles, en la medida en que la otra parte actuó de mala fe (objetiva o subjetiva) y estipuló en el contrato cláusulas que le perjudican, - en el caso de los contratos de adhesión- a la otra parte ó, en un forma desventajosa y abusiva, se pactaron cláusulas que resultan imposibles de cumplir por lo injustas e inequitativas y por la razón que haya sido.

El deber de Lealtad no tiene ningún límite; es parte del Derecho y permite garantizar la seguridad jurídica; sin embargo, es preciso decir que ese deber atiende a unos fines de los cuales obtiene su legitimidad y observarlos es propio de la obligación que le es propia; es por ello que últimamente se ha dicho que “es necesario que los tribunales acepten una interpretación objetiva del contrato”⁷³, lo que supone que el no cumplimiento del pacto se vea excluido de reproche ante la confrontación del contrato con los fines mencionados. “Ya no se trata de ver el contrato como un fenómeno primero, que sería obligatorio por su propia existencia, al cual la ley aportaría solamente la ayuda del poder, al otorgar a las partes el servicio de liberar sus voluntades no explícitas, de manera que incluso se podría concebir un contrato que no obedeciera a ninguna ley, como se ha sostenido en derecho internacional privado”⁷⁴.

La consecuencia del deber de Lealtad y de *pacta sunt servanda* se expresa en la idea de seguridad jurídica que atañe principalmente a la oportunidad de acceso, a la certeza y al conocimiento del orden jurídico de manera que se pueda determinar con convicción, las consecuencias que de un supuesto de hecho surjan⁷⁵. Tiene un contenido de base legalista del cual extrae su condición, en el supuesto de que

⁷³ Cfr. PIZARRO Carlos. *Etude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*. Citado por LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la Libertad Contractual*. cit., p. 312.

⁷⁴ Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 87

⁷⁵ Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 53.

la ley otorga garantía para quien se enfrenta a una situación conflictiva y requiere una solución jurídica. También expresa una razón de ser el respeto debido a los derechos subjetivos de las personas⁷⁶, acatando su titularidad en todas las relaciones que realicen. Para los contratos, la seguridad en que se va a cumplir con su contenido respecto de la naturaleza jurídica del negocio y de la finalidad de la relación jurídica que se establece; la confianza en que si no se cumple con ello, el ordenamiento jurídico lo hará cumplir.

Sin embargo, la diferencia entre los postulados de la seguridad jurídica y la certeza legal, hace posible que el tenor literal de un contrato pueda ajustarse a lo jurídico - vía administrativa o judicial -, con el fin de obtener una verdadera seguridad jurídica; es decir, que la seguridad está es en el Derecho y no en la creación humana, que en ocasiones, aparece viciada. Esa es, entre otras, una de las razones por las cuales una Ley, creada por hombres, resulta inconstitucional, contraria a los Principios constitucionales y del Derecho y crea la inseguridad en el completo orden jurídico, entonces, se le resta efectividad y valor⁷⁷. ¿Y si así es con una Ley, por qué no con los contratos?

1.1.3.3. Deber de Corrección.

Implica una norma de conducta en razón a que la parte que ha encontrado que su comportamiento no se ha adecuado a los criterios de la buena fe objetiva, o que de alguna manera observe que el contrato no está equilibrado, corrija su actuación en aras de la utilidad de la otra parte y equilibre el contrato en sus prestaciones y

⁷⁶ *Ibídem*

⁷⁷ Artículo 241 de la Constitución Nacional: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo (...)”.

cargas⁷⁸. Su importancia radica en primer lugar en que con ese deber se practica la justicia, pero sobre todo, que puede evitar demandas judiciales. Esta conducta se especifica que la parte que ha observado ventajas a su favor, debe realizar los actos jurídicos o materiales necesarios⁷⁹ para la equivalencia en las prestaciones y en las demás cargas. Significa también que si la parte afectada con la desventaja en la medida de los intereses, decide modificar el contrato, la otra, debe tolerar⁸⁰ esa modificación contractual para preservar el equilibrio.

⁷⁸ Cfr. BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. cit., p. 520.

⁷⁹ *Ibíd.* p. 530

⁸⁰ *Ibídem*

1. 2. Principio de Igualdad.

Los muchos matices de este Principio tienen una fuerte influencia en la actualidad por las grandes diferencias en las realidades sociales, económicas y culturales. Los sujetos generalmente están en una relación de disparidad en sus relaciones ínter subjetivas que tiene como causa natural la irrepitibilidad y unicidad del ser humano; cada persona es única, con todas sus capacidades, aptitudes y cualidades, por lo que un mundo de iguales, literalmente es imposible. Sin embargo, lo que el Principio predica exactamente, consiste en que esas diferencias no sean la excusa para las actuaciones injustas⁸¹. En un sentido positivo, quiere decir que la igualdad de las personas radica, esencialmente en las relaciones de justicia, “según su condición de sujeto o titular del derecho, condición que es exactamente igual en todos”⁸². Es por eso que la Igualdad, en un sentido abstracto, implica “una reflexión filosófica sobre toda diferencia”⁸³ y en concreto, consiste en la correspondencia, proporción o identidad en la razonable disposición del Derecho⁸⁴, según la circunstancia de que se trate⁸⁵.

⁸¹ “mediante el recurso a esta modalidad contractual se expresa la autoridad de los grupos económicos que pretenden sustraerse de los contenidos de justicia del Derecho dispositivo sustituyéndolos por criterios particulares de utilidad. Este desplazamiento de poder hacia fuerzas no estatales y difusas es lo que legitima la intervención de los poderes públicos con fines de protección” Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. En BARBERO, Omar. *Abuso del derecho*. Ed. Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2006, p. 33

⁸² Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 40

⁸³ Cfr. DERRIDA Jacques. *Signatura, événement, contexte*. Citado por BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. cit., p. 145

⁸⁴ En Sentencia Constitucional C-472 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández. En www.ramajudicial.gov.co

⁸⁵ “El ordenamiento jurídico, fundado en la Constitución, ha de reconocer el ámbito de la igualdad y discernir en el campo de las desigualdades, a fin de evaluar con criterio objetivo cuáles son las normas que deben plasmar idéntico tratamiento para todos y cuáles, por el contrario, tienen que prever consecuencias jurídicas distintas para hipótesis diferentes”. *Ibíd.*

Existen tres tipos de igualdad: una, es la igualdad entre personas; otra es la igualdad en el reconocimiento del derecho; y otra, la igualdad de cosas⁸⁶.

Para el tema contractual debe tenerse en cuenta que la igualdad de personas no es manifiesta por completo; se puede dar en determinadas relaciones, pero generalmente se da en disparidad de condiciones⁸⁷ casi siempre económicas; por ejemplo, un sujeto que necesita un bien y otro, que se lo ofrece conforme a determinada onerosidad. Entonces, ante dicha asimetría en el poder contractual, como se ha denominado, se debe recurrir a la naturaleza del contrato⁸⁸ y a su causa y objeto, a la llamada igualdad de cosas, pues ante todo lo que motiva el contrato es la satisfacción de una necesidad sea esta de cualquier tipo, y que se manifiesta en el intercambio o en la traslación de cosas⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 37.

⁸⁷ “La admisión de la aplicabilidad directa o indirecta del principio de Igualdad a la materia contractual, posibilita consagrar soluciones generales, uniformes y por ello más justas, pues lleva a considerar del mismo modo situaciones idénticas y a disciplinarlas aún en ausencia de una reglamentación legal, evitando desequilibrios arbitrarios e irracionales que perjudiquen a quien está en posición de inferioridad frente a su contraparte, las cuales terminan siendo seguramente más acordes y armónicas con el principio que está en juego (...) Permite establecer una suerte de *summa divisio* de los contratos, los paritarios y los asimétricos que hace posible regular de manera armónica y justa las dos especies, y logra coordinar su régimen jurídico, viabilizando la adecuada aplicación de los dos grandes principios en juego: la libertad y la igualdad, utilizando para ello el indicado criterio de la irrazonabilidad y arbitrariedad”. Cfr. BLENGIO Juan. *La Aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del Principio de Igualdad*. En A.A.V.V. *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco – latino – americains*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2007, p. 439.

⁸⁸ Relaciones entre acreedor y deudor que asume variedad de formas. Cfr. BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. cit., p. 43.

⁸⁹ En este caso, la palabra *cosa* significa una generalidad que incluso encierra, derechos y deberes, no sólo un asunto material concreto.

Estas relaciones de igualdad, “se miden por la identidad o la igualdad en cualidad y valor de las cosas; esto es, por lo que Aristóteles llamó la *igualdad aritmética*”⁹⁰. Esta es, una igualdad absoluta, concreta, palpable y específica que se obtiene valorando el contenido objetivo de un contrato, sea por sus creadores, sea por el Juez.

Para el contrato, la igualdad se revela en la equivalencia en las prestaciones y en la equivalencia entre los derechos y obligaciones y no solo en la voluntad de las partes, que como se dijo, no permite hablar de igualdad, conforme un criterio exterior de capacidades ó necesidades. El contrato, visto objetivamente, puede dar la medida de lo justo y lo equitativo, en la simetría de cada uno de los elementos que lo conforman, aunque ello comporte una complejidad para el intérprete⁹¹. Se observa cómo la definición inicial de contrato como “acuerdo de voluntades”⁹² se va ajustando en aras de lo justo y equitativo.

1.2.1. Equivalencia en las prestaciones.

Los contratos comportan clasificaciones, realizadas en la doctrina y manifiestas en la ley, que permiten identificar el significado de la palabra contrato. Al hacer referencia a él, no se puede sustraer algunos tipos de contrato, porque su conceptualización como “acuerdo de voluntades” invoca un número de pactos que se identifican con esa posición⁹³. Entonces, es necesario aclarar que conforme a

⁹⁰ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 39

⁹¹ El juez, es el principal intérprete del contrato, en su función moduladora del Derecho.

⁹² Más adelante se explicará la posición de ajustar dicha definición y confrontarla con las realidades que especifican los contratos en el mundo contemporáneo.

⁹³ Sin embargo, existen esmeradas doctrinas que predicán que el intercambio es la base del contrato y no la simple traslación de bienes. “En esta línea, el Derecho contractual tiene como función asegurar la operación del mercado, es decir, el contrato, en cuanto que sustancia la transferencia de medios a donde alcancen su mayor valor; a tal fin, intervendrá en un doble

esa perspectiva, en el lugar de la equivalencia de las prestaciones, la referencia inmediata es a los contratos sinalagmáticos ó bilaterales y a los contratos onerosos.

La conmutatividad del comercio jurídico⁹⁴ se refiere específicamente al trueque o intercambio de bienes y servicios conforme al equilibrio en cualidad y valor de las cosas. El precio en la compraventa, por ejemplo, está determinado por el bien mismo, por su valor, conforme a sus características y no puede ser objeto por ejemplo, de especulación, pues se rompe el equilibrio necesario. Son también formas de romper la equivalencia de las prestaciones, la lesión previa y la excesiva onerosidad sobreviviente (aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*); situaciones que se deben corregir conforme a la equidad, como fin del Derecho y como facultad del Juez.

Es pues, una misión de los contratantes hacer que su contrato se ciña al postulado de la equivalencia de las prestaciones con la medida de la justicia que consiste en dar a cada uno lo suyo, su cosa, su Derecho⁹⁵; ni más ni menos. Esta realización se consigue mediante el ejercicio de la comparación de las cosas que se intercambian; ya sea en su identidad; como por ejemplo en la Permuta, ya sea restringidamente, como cuando se paga un precio por un objeto; los cuales deben coincidir en su valor⁹⁶. “Puede suceder también que exista proporción entre las prestaciones al momento de perfeccionarse el contrato, pero que al momento de cumplirlas su valor por el cambio de las circunstancias se haya vuelto

sentido” Cfr. BALLESTEROS José. Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada. cit., p. 23.

⁹⁴ Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 46

⁹⁵ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 17.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 32.

desproporcionado⁹⁷. Estos asuntos, sin embargo, comportan discusiones que más adelante serán tratadas⁹⁸.

1.2.2. Equivalencia entre los derechos y obligaciones.

Otra forma de igualdad, tiene que ver con la mayor reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes involucradas en un contrato. Cuando un sujeto decide contratar, sabe que algo de su esfera de dominio, debe salir y que conforme a la bilateralidad, recibirá algo conforme a la naturaleza del contrato. Ese algo, se traduce específicamente no sólo en la prestación debida y recibida, sino en el ejercicio de derechos y obligaciones de las cuales se es acreedor – deudor, posición complementaria de la que cada parte, recibe su titularidad en ese doble sentido. Para el *ius gentium*⁹⁹, por ejemplo, los contratos son únicamente aquellos en los que las dos partes están recíprocamente obligadas¹⁰⁰.

En esta instancia, no importa de qué clase de contrato se trata; sino más bien de delimitar en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones que corresponde cumplir y qué derechos se deben desplegar, con fuerza vinculante y obligatoria conforme a la naturaleza jurídica del negocio realizado.

⁹⁷ Cfr. ADAME, Jorge. *Principios del Instituto para la unificación del Derecho (UNIDROIT). Régimen Jurídico común*. En A.A.V.V. *Estudios de derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. cit., p. 26.

⁹⁸ *Infra*. Capítulo 1. Num. 2.1.1.

⁹⁹ “el *ius gentium* aparece como el resultado de la comparación de diversos sistemas jurídicos de los pueblos, confrontación que llevó a los romanos a considerar que algunas normas son comunes a todos los pueblos y, por ende, al género humano (...)Esta aproximación, desde una perspectiva filosófica y basada en la *naturalis ratio* se conoce como el concepto doctrinal, teórico o abstracto del *ius gentium*”. Cfr. MENDEZ Elvira. *Algunas reflexiones en torno al carácter internacional del derecho de gentes*. En <http://www.pandectasperu.org/revista/no200003/emendez.html>.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 20.

La determinación específica de esos derechos y obligaciones se esgrime en sus características conforme a la medida de igualdad, respecto del grado de responsabilidad, de devolución, de reparación, de reintegro, de obligatoriedad legal, de naturaleza jurídica de la relación contractual, de valor de la prestación, de pago de lo debido, de recibir lo adeudado. Es por ello que para el tema de las cláusulas abusivas, todas esas características - de carácter enunciativo – permiten establecer una tipología especial de resultado de valoración en el equilibrio significativo que adquieren los derechos y obligaciones, hábilmente ponderados en las distintas legislaciones. Por ejemplo, en la determinación de quién debe asumir la carga de la prueba o quién no se puede sustraer vía contractual de responder por los daños y perjuicios que ocasiona.

1.2.3. Prohibición de cláusulas injustas.

El principio de igualdad, con sus manifestaciones contractuales de la equivalencia en las prestaciones y de los derechos y obligaciones asimilan la Justicia a la cual el contrato conduce, como fin último del Derecho y de este Principio. Así que pueden las partes tener las mismas condiciones económicas y sociales, pero se les exige que actúen conforme a Derecho.

La denominación: cláusulas injustas, determinan un campo objetivo de valoración del contrato, en todo su conjunto, independiente del voluntarismo de las partes; que se hace jurídico en la medida en que, aún desatendiendo el postulado del *pacta sunt servanda*, los términos literales del contrato, como ley para las partes, el Juez puede ajustar el contrato o desestimar una cláusula porque es injusta. El criterio anglosajón de cláusula injusta (*unfair term*)¹⁰¹, reconoce en el contrato que

¹⁰¹ El término utilizado en la legislación inglesa y con relación a su formulación literal difiere del de “cláusulas abusivas”, por tanto su traducción es “*unfair terms*”; término que será el que se utilice en referencia a esta legislación y a la legislación estadounidense. *Infra*. Capítulo 1. Nums. 1.1.1 y 1.1.2.

una estipulación, objetivamente considerada, puede ser reequilibrada modificando o eliminando la cláusula¹⁰² y es llamada injusta porque la descubre aún en contratos en que las partes son iguales (debe entenderse relativamente), pero lo convenido no es igual y además porque el criterio que se ha expuesto de Abusividad implicaría la desigualdad de las partes que contratan en las que una de ellas, abusa de la otra, introduciendo una cláusula en el contrato que es imposible de eliminar por la otra, debido a la necesidad de contrato.

Esta denominación de cláusula injusta, hace parte también del orden de los fines del Derecho, en los que se habla de Justicia, pero se ha colocado en este *ítem* porque la igualdad, es la medida de lo justo y una de sus principales características¹⁰³; así que lo desigual, es injusto.

¹⁰² Cfr. BALLESTEROS José. Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada. cit., p. 103.

¹⁰³ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 37.

1.3. Libertad de Contratación y Autonomía Contractual.

La libertad, como componente esencial del ser del hombre, le es reconocida en un ambiente de respeto por sus cualidades para crear, transformar, darle sentido al ambiente y satisfacer sus necesidades. El desarrollo de esa libertad, en el campo jurídico, le permite entablar relaciones de alteridad, contractuales, constituidas también bajo el pleno respeto de la persona¹⁰⁴, manifiesta en la posibilidad para elegir con quien contrata, qué contrata, por cuánto tiempo, de qué manera.

El sujeto presenta características únicas que lo hacen especial, como el intelecto y la voluntad, a través de las cuales ejerce un horizonte infinito de posibilidades concretas que le presenta las circunstancias históricas en las que se desempeña¹⁰⁵ o en las que vive. Es así como el ingenio humano despliega diferentes formas, inmersas en su capacidad natural para ejercer sus aspiraciones y darle contenido a sus intereses; la elección le entraña un valor único para su forma de vida jurídica. Es jurídica en la medida en que su cumplimiento se hace exigible; su fuerza comporta un vínculo necesario que confirma la libertad y que le permite desplegarse de varias maneras, pues conforme al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana¹⁰⁶ ese auto – gobierno se traduce en cada vez mejores perspectivas.

La parte más vital de los contratos, es precisamente ese fundamento de libertad que lo soporta; enmarcado dentro del contexto del Derecho como la forma más

¹⁰⁴ Cfr. LARENZ, citado por DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 126.

¹⁰⁵ Cfr. GIANNINO Piana. *Voz Libertad*. En A.A.V.V. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. Ed. Paulinas. Madrid. 1980, p. 577

¹⁰⁶ Cfr. DIEZ- PICAZO Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 126.

nítida de apreciación antropocéntrica; esto quiere decir que el hombre es valorado en todas sus facultades, exaltado porque no hay ser en el mundo como él y quienes lo niegan de esta forma, no se han descubierto a sí mismos.

El principal desarrollo de la libertad contractual, consiste en el fundamento de la autonomía de la voluntad, “base filosófica para el conocimiento de los derechos y obligaciones”¹⁰⁷ que conforme a su significado etimológico (autos: Yo, nomos: Ley) quiere decir la autorregulación, el ejercicio pleno de las capacidades para conducir sus propios actos.

El contrato, al ser una relación ínter subjetiva, se establece con base en la autonomía de las personas que intervienen; cada una con un criterio que se evalúa y se ejerce en la discusión contractual¹⁰⁸ y luego es expresado en la voluntad, y en el consentimiento; en la aceptación y en la ejecución. Es decir, que la autonomía es para todas y cada una de las partes.

El buen nacimiento de este criterio¹⁰⁹, durante los siglos XVIII y XIX¹¹⁰, que abrió el camino para el reconocimiento del subjetivismo jurídico, estuvo sin embargo empañado por la revolución industrial que, trajo como consecuencia el pasar por alto la Ley, creando situaciones de sometimiento y desconocimiento del Derecho.

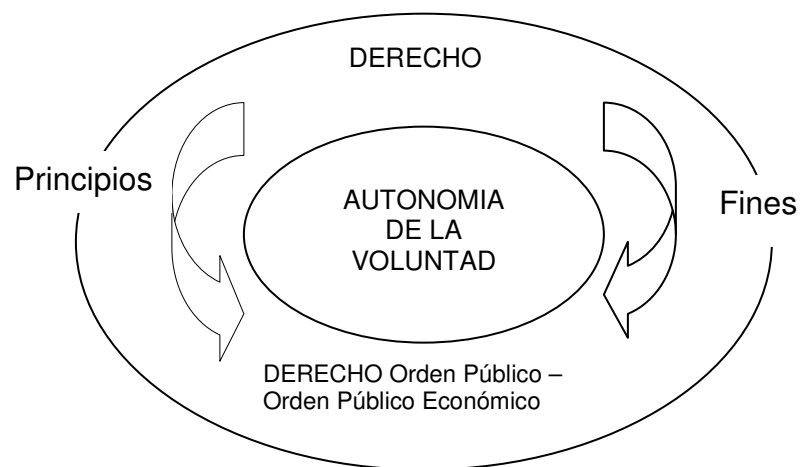
¹⁰⁷ Cfr. BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. cit., p.141.

¹⁰⁸ “contrato por negociación, es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos, que plasman finalmente las discusiones concordes” Cfr. DIEZ- PICAZO Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 130.

¹⁰⁹ “Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. En Sentencia Constitucional C-993 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería. En www.ramajudicial.gov.co

¹¹⁰ “La Declaración de los Derechos del Hombre le confiere su resonancia política. Ella domina la interpretación jurídica (...)” Cfr. BATIFFOL Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 85

Dicha circunstancia ocasionó la justificación de la intervención del Estado para regular la libertad absoluta, deformada en el anarquismo y en el ataque económico a los más débiles. Entonces, “¿si la libertad legal de contratar se realiza en una situación económica en la que uno se encuentra obligado, para vivir, a aceptar las condiciones fijadas por el otro, cómo puede hablar todavía uno de libertad y de protección a la persona?”¹¹¹. Esta situación de voluntarismo extremo que se ejercía con fundamento en la Ley y la obligación contractual (el contrato es Ley para las partes), trajo una reacción obvia de los ordenamientos jurídicos modernos cuyo fin es garantizar la justicia; en este caso, la conmutativa, propia de los contratos. Ella consistió en imponer límites a esa libertad absoluta y a regular la autonomía del hombre rodeándola de fronteras de manera que no se desbordara en un sistema de opresión. Así que los Principios Generales del Derecho, la consideración a los Fines¹¹² perseguidos en él y los límites del Orden Público y el orden Público Económico se constituyeron en esos linderos a la simple voluntad humana, como se muestra en la Gráfica.



Gráfica.

¹¹¹ *Ibíd.* p. 87.

¹¹² *Infra.* Capítulo Preliminar. Num. 2.

En consecuencia, la voluntad es para el contrato un ingrediente importante, pero no el más importante¹¹³, que carece de trascendencia jurídica, mientras no ha sido declarada y que la obtiene, una vez manifestada; momento en el cual, adquiere un verdadero valor jurídico, aun cuando no corresponda con una verdadera voluntad, libre, completamente libre¹¹⁴. Es por ello, que se insiste en considerar el contrato objetivamente para hallar sus vicios más allá de toda voluntad, pues ella puede consistir en una simple iniciativa, pero carecer de autorregulación¹¹⁵.

Ahora bien, se ha considerado que “todo lo que no está prohibido, está permitido”, como razón esencial del Principio de Legalidad y Certeza Legal¹¹⁶, pero esto es al margen de consideraciones éticas y morales¹¹⁷; pues aunque la ley no delimite exactamente todo lo que es prohibido, la ética y la moral se encargan de aquellos dictados que hacen al hombre, ser hombre en el Derecho y observar una conducta armónica en todas sus relaciones. La persona está supeditada también al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones no únicamente con fundamentos en la ley positiva, que no todo lo puede regular, sino con base en los Principios inmersos en la conciencia colectiva, de los que debe extraer su forma de acción, en este caso, contractual.

La Corte Constitucional¹¹⁸ colombiana ha dicho que: “en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se

¹¹³ Es necesario hacer una crítica al dogma de la voluntad, concepciones del contrato que todo lo pretender explicar a través de la voluntad. Cfr. DIEZ – PICAZO Luis y PONCE DE LEON Luis. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Ed. Civitas. Madrid. 1996, p. 30.

¹¹⁴ Cfr. DIEZ- PICAZO Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 130

¹¹⁵ Cfr. PERLINGIERI Pietro, *Profili istituzionali del diritto civile*. Citado por HINESTROSA Fernando. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. cit., p. 10.

¹¹⁶ Debe recordarse la diferencia mencionada entre Seguridad Jurídica y Certeza Legal.

¹¹⁷ Cfr. BALLESTEROS José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. cit., p. 20.

¹¹⁸ En Sentencia Constitucional C-993, cit.

mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana”. No descansa pues, el contrato en la simple voluntad individual como lo pretenden algunos autores¹¹⁹; el contrato se soporta en el Derecho¹²⁰.

1.3.1. Límite de Orden Público

El orden público, como límite a la Autonomía de la Voluntad y también como fin del Derecho¹²¹ (algunos lo definen como Principio), es una justificación al Derecho, a la necesidad de la convivencia pacífica, según un orden justo. Como una forma de vida o status social¹²² permite la organización de la sociedad a través de sus convicciones éticas, costumbres, convencionalismos, necesidades, y exigencias¹²³, en la idea de bien común que se pregona como consecuencia de las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con la sociedad, en el cumplimiento del Derecho.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 21.

¹²⁰ En referencia a la autonomía de la voluntad “ya hace varios lustros que se ha comprobado su deterioro e insuficiencia, aunque no es posible aseverar que esté obsoleta, ya que prosigue inspirando y explicando algunas instituciones del derecho de los contratos...” Cfr. LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la Libertad Contractual*. cit., p. 311.

¹²¹ Cfr. BATIFFOL Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 97.

¹²² Cfr. SMITH Juan. *Orden Público*. En Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1968, p. 56.

¹²³ *Ibidem*.

1.3.2. Orden Público Económico.

Restringidamente, el orden público económico¹²⁴, se identifica con la observancia de los Principios Generales del Derecho en el ámbito de la economía y propugna por un desarrollo justo de las relaciones patrimoniales, de las cuales el Estado es el encargado de regularlas conforme a su papel de administrador. También la libertad para actuar de quienes rigen sus propias actividades económicas, conforme a Derecho y a las leyes sobre la materia, según su fin de Justicia¹²⁵ (*dar a cada uno lo suyo*). Si por ejemplo en un contrato, las partes se encuentran en plena desigualdad económica para contratar, el Derecho, con base en el Principio de Igualdad, otorga la facultad al contratante débil de impugnar el contrato que ha nacido a la vida jurídica en franca desigualdad material y de cosas (puede ser en la equivalencia de las prestaciones), conforme se ha originado una situación de Abuso del Derecho, con el fin de asegurar el orden económico del contrato.

El hecho de ser público el orden económico, implica una serie de características que son objeto, hoy día de discusión en la doctrina. Cómo se manifiesta lo público, en qué sentido y cómo se involucra con las relaciones de justicia. Cómo hacer posible un orden en el que son superiores las desigualdades; la opresión de ciertos sectores sobre otros, la falta de interés de aquellos por pertenecer a ese

¹²⁴ “La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. En el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población”. En Sentencia Constitucional C- 083 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En www.ramajudicial.gov.co.

¹²⁵ *Infra*. Capítulo Preliminar. Num. 2.1.

orden. La doctrina del liberalismo, contribuye al espacio en donde dicho orden subyace únicamente como criterio legal de información, pero que no se concreta en las realidades económicas actuales.

La denominada economía de las necesidades subordina la aspiración a un orden contractual en el Derecho, a la equivalencia de las prestaciones y a la equidad en las relaciones contractuales, pues se olvida la declaración de la función social de la propiedad. En el ámbito del contrato y en referencia a la igualdad jurídica “no se admite que un contratante pueda rehusarse a ejecutarlo bajo el solo pretexto de la inequidad”¹²⁶.

El orden público económico es la obligatoriedad del Derecho “en las relaciones contractuales relativas a la organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna de los contratos”¹²⁷, pues “la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual”¹²⁸.

Con fundamento en estos Principios y conforme a la precisión del Derecho como Principio y como Fin, a continuación la explicación de los fines hacia los cuales conduce su observancia.

¹²⁶ *Ibíd.* p. 99.

¹²⁷ Cfr. FARJAT, citado por DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* cit., p. 42.

¹²⁸ En Sentencia Constitucional C-993, cit.

2. Fines del Derecho y de la Contratación

La justificación de los Principios antes mencionados, está directamente relacionada con los fines que se pretende alcanzar con la referencia afortunada a ellos. Para determinadas situaciones en las que es procedente analizar varias posibilidades de solución, la denominación de sus consecuencias le otorgan, en los fines, un valor más superior en la ponderación de unas con otras. “Santo Tomás afirma, siguiendo a Aristóteles, que todo acto humano, como *tal*, es revisado con miras a un fin, y que su valor depende del fin considerado”¹²⁹. El para qué del Derecho “supone la admisión de que ciertos resultados merecen ser buscados”¹³⁰. En cuanto a los contratos, no se trata únicamente del objeto de los mismos como un fin de autorreferencialidad; sino que el contrato, al estar sometido al Derecho¹³¹, debe observar los fines manifiestos en él; traducidos en este estudio sobre las cláusulas abusivas, en la Justicia y la Equidad.

2.1. Justicia.

Por ser el tema central de este estudio, las cláusulas abusivas e injustas¹³², el término de Justicia se ha utilizado y será referenciado conforme al desarrollo del mismo; así que es de suma importancia, concebir este término y delimitarlo —en la medida de lo posible—.

¹²⁹ Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 75.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 77.

¹³¹ “el contrato considerado como el *summum* de la justicia y la igualdad” Cfr. HINESTROSA Fernando. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. cit., p. 45.

¹³² Según la denominación inglesa de “*The Unfair term*” *Infra*. Capítulo 1. Num. 1.1.2.

Justicia, como primer eslabón, expresa una relación de alteridad en la que un sujeto es “reconocido y tratado por toda otra persona como principio absoluto de sus propios actos, otorgándole valor de fin y no de simple medio o instrumento”¹³³.

A partir de allí, la relación de justicia que nace en el valor, respeto y dignidad al otro sujeto, se exterioriza y puede ejercitarse respecto de los bienes y servicios del comercio, sin afectarse el contenido de alteridad. Frente a ese aspecto, se trata a la Justicia, como reguladora de relaciones interpersonales según un principio de igualdad¹³⁴. Para el caso de los contratos, en particular, se trata de la Justicia Conmutativa, que expresa la relación individuo – individuo, por lo que se habla en términos de Justicia Contractual.

Se ha dicho que la Justicia Contractual, surge de un procedimiento en el cual, las partes en el contrato, discuten un acuerdo que se convierte en Ley, así que “todo lo que es contractual, es justo”¹³⁵, independiente de la medida de igualdad. Esta es una reducción de la Justicia, que implica –valga decirlo nuevamente- un voluntarismo excesivo en el que se agotaría la misión del Derecho y, por supuesto del Estado, como su veedor, verificador y ejecutor, con “dejar hacer y dejar pasar”.

Además en el concepto simplista de la Justicia como mero procedimiento, se sustrae la importancia y prevalencia del Derecho¹³⁶ Sustancial que aquí se ha

¹³³ MATTAI Giuseppe. *Voz Justicia*. En A.A.V.V. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. cit., p. 511.

¹³⁴ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 39

¹³⁵ Expresión de Fouilleé. Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 86.

¹³⁶ “Uno de los fundamentos de un Estado democrático es la preeminencia o superioridad del Derecho, de tal suerte que todos sus órganos y todos sus habitantes están sometidos al mismo, en primer lugar a la Constitución Política, por ser la normatividad superior (...). Dicho sometimiento general al ordenamiento jurídico tiene como finalidad asegurar un orden justo y la convivencia pacífica en la vida social, como lo consagran expresamente el preámbulo de la Constitución, como valores del Estado, y el Art. 2º *Ibidem*, como fines esenciales del mismo. Para alcanzar ese efecto,

tratado en el campo de los Principios Generales del Derecho y de la Contratación y que es de radical aplicación en cuanto se tiendan a desconocer los derechos en su realización efectiva¹³⁷.

La Justicia es entonces, contractualmente, la relación bilateral en la cual se “da a cada uno lo suyo”¹³⁸, su Derecho; no simplemente el que voluntariamente aceptó en el contrato, sino el que le corresponde en relación de igualdad y se mide específicamente “por la identidad en cualidad y valor de las cosas, esto es por lo que Aristóteles llamó *igualdad aritmética*”¹³⁹ y también por la distribución de cargas según la condición de contratante y contratista. La apropiación que surge del contrato, en la cual cada parte se apodera de algo, se constituye en el factor de justicia en el cual, dicha repartición, en la balanza, está completamente alineada, ni más ni menos comparativamente y se hace real y efectiva en la ejecución del contrato; es por ello, que no únicamente otorgar el título, es un acto de justicia; también lo es, realizar la tradición, en el caso de las cosas materiales; así como el reconocimiento y la efectividad del derecho, lo es para las cosas inmateriales.

La idea del contrato justo -objetivamente analizado- es proveniente de un sometimiento a las fuerzas jurídicas de la Ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho¹⁴⁰, que deben ser matizados por el Juez¹⁴¹, en su labor

aquel tiene como característica esencial la coacción, es decir, la potestad de imponer su cumplimiento sin la voluntad de las personas y aun contra dicha voluntad, por conducto de los órganos estatales competentes”. En Sentencia C-993, cit.

¹³⁷ En Sentencia Constitucional de Tutela 411 de 1999. cit.

¹³⁸ D. 1, 1, 10: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuend*” Citado por HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 2.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁴⁰ Cfr. GARCIA-AMIGÓ Manuel. *Lecciones de Derecho Civil: Teoría General de las obligaciones y Contratos*. cit., p. 132.

¹⁴¹ “la configuración general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes simples juicios analíticos.

interpretativa, y que no deben ser abandonados por las partes en su tarea creadora, en la formación del escrito ó acuerdo contractual.

La justicia, como relación de igualdad, se concreta en la equidad y se especifica en la forma en cómo se realiza la distribución, siempre conmutativa de las prestaciones, derechos y obligaciones.

2.2. Equidad¹⁴²

La relación de los fines del Derecho –justicia y equidad- llega a confundirse pues en su dimensión ontológica, las dos constituyen la teleología del Derecho, pero equidad se torna más concreta en la solución justa de un caso determinado¹⁴³; así que ella es una Justicia matizada¹⁴⁴.

No se basa en referentes normativos jurídico – positivos; sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano se le ha concedido un sólido fundamento de rango constitucional al expresarse en varios de sus textos¹⁴⁵, por lo que una definición de lo que ella es, resulta compleja, teniendo en cuenta además, que en la ciencia jurídica tiene varios significados.

La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta”. Cfr. WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Ed. Civitas. Madrid. 1982, p. 39

¹⁴² Sencillamente, IGUALDAD EN EL CASO CONCRETO. Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 97.

¹⁴³ Cfr. SOTO Carlos y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una Economía de Mercado*. Ed. Normas Legales. Trujillo. 2004, p. 255

¹⁴⁴ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 55.

¹⁴⁵ La equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial. Cfr. Artículo 230 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia.

Sin embargo, un sentido profundo de la equidad, implica que en la aplicación de la Ley, se debe mejorar la Justicia; es decir, que “dando a cada uno lo suyo”, conforme al Derecho, la equidad obliga a reforzar o atemperar, según sea el caso, aquello que debe darse¹⁴⁶, a darle un matiz a la Ley, que en su aplicación puede resultar rigurosa; a ponderar, en las situaciones concretas de cada caso, la forma en que debe ser resuelto, introduciendo matices y excepciones que permiten “racionalizar la igualdad que la ley presupone”¹⁴⁷.

El radical *pacta sunt servanda*, por ejemplo, puede ser atemperado bajo la Equidad, en la medida en que los términos literales del contrato, causan grave incomodo y se tornan nocivos¹⁴⁸ en la ejecución del contrato, de manera que se puede rectificar su contenido atendiendo a la relación jurídica de que se trate. “El hombre equitativo, es el que prefiere por una libre elección de su razón y práctica en su conducta, actos donde su derecho no es sostenido con extremo rigor, sino que por el contrario, cede de él, aun cuando tenga en su favor el apoyo de la Ley. Este es el hombre equitativo, y esta disposición moral, esta virtud, es la equidad, que es una especie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma”¹⁴⁹.

Es pues ésta, un valor que se reconoce a todo hombre, tanto al que crea el contrato, como al que lo juzga y se considera una corrección de la máxima “la ley es dura, pero es la ley”; es más bien, una mejor interpretación del Derecho, con todos y cada uno de sus principios, que para el contrato se han estudiado aquí; “significa sobre todo una conveniente moderación y liberalidad que inclina el ánimo a un uso humano del Derecho (...) la tiene cualquier persona que no urge

¹⁴⁶ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 55.

¹⁴⁷ En Sentencia Constitucional Unificada SU-837 de 09 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En www.ramajudicial.gov.co

¹⁴⁸ Cfr. HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. cit., p. 56.

¹⁴⁹ Aristóteles, citado por SOTO Carlos y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una Economía de Mercado*. cit., p. 258.

demasiado el propio derecho frente a un hermano, sino que más bien, concede algo de su derecho (...) (y sobre todo) se aplica también cuando el sujeto, por sí mismo, refiriéndose tanto a la mente del legislador cuanto al sentido de la ley, corrige la letra de la ley positiva porque, en un caso particular falla a causa de su carácter universal¹⁵⁰ (*paréntesis fuera de texto*).

En este último sentido, la equidad se confronta con el literalismo para extraer el máximo de justicia y liberarse del texto de la ley positiva¹⁵¹ que puede llegar a ser imperfecta y atentar incluso, contra la dignidad humana; este es el fundamento sobre el que discurre la equidad, salir de la simple legalidad para entrar en el Derecho.

Con base en esta sintetizada explicación del Derecho en relación con los contratos de derecho privado, se analizan los elementos del concepto de cláusula abusiva confrontándolos también con los que se han realizado en algunos países (*Capítulo 1*) y una clasificación de la Tipología (*Capítulo 2*) que puede contener esos elementos.

¹⁵⁰ Cfr. HAMMEL Edouard. *Voz Epiqueya*. En A.A.V.V. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. cit., p. 298.

¹⁵¹ La equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. En Sentencia Constitucional Unificada SU-837. cit.

CAPITULO 1.

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA.

Una vez observado el panorama del Derecho y sus Principios y Fines¹, es posible estudiar detalladamente los elementos que conforman un concepto de cláusula abusiva, para cualificar uno que contenga la armonía descrita.

Para ello se hace necesario, el análisis en primer lugar de las herramientas jurídicas que permiten el ataque contra las cláusulas abusivas en otros sistemas de derecho, como el sistema del “*common law*”, de donde se estudian países como Estados Unidos e Inglaterra y del “*civil law*” con países como España y Argentina (1).

Análisis comparado que permite a su vez identificar los aspectos básicos y determinantes que circunscriben la figura y su aplicabilidad, dando paso así a lo que se denomina ámbito de determinación de las cláusulas abusivas (2), donde se encuentran tanto el ámbito objetivo, es decir el que limita la existencia de las cláusulas en relación con la existencia de determinados factores contractuales; como el ámbito subjetivo donde la limitante existe pero en relación con los sujetos. Limitantes que permiten en respuesta al estudio del ámbito de determinación de las cláusulas abusivas generar una perspectiva para Colombia (3).

En definitiva, para generar una perspectiva una vez identificada la situación de Colombia en relación a las cláusulas abusivas, se hace necesario el estudio de las limitantes tanto objetivas como subjetivas deduciendo el ámbito de determinación de las mismas, el cual solo puede hacerse si se analizan países de gran

¹ *Supra.* Capítulo Preliminar.

importancia en los dos grandes sistemas del derecho y se logra una clara delimitación de las mismas.

1. Las cláusulas abusivas en algunos sistemas comparados.

Algunos desarrollos legislativos y jurisprudenciales en materia de cláusulas abusivas establecen ciertos elementos que sirven como base para construir un concepto que sea completo y suficiente y que pueda garantizar que en determinado momento, ellas sean erradicadas de los contratos. En primer lugar, Estados Unidos e Inglaterra, países cuyo sistema², basado en el estudio de las sentencias judiciales contiene mecanismos de solución³ frente a lo que en el sistema continental⁴ se denominan Cláusulas Abusivas y en segundo lugar, España como miembro de la Unión Europea, en las recientes expresiones legislativas⁵ a favor de la eliminación de cláusulas abusivas en los contratos; también la forma en que el tema ha sido abordado en Argentina.

1.1. En el Sistema Angloamericano del *Common Law*.

Sobre el origen del término "*common law*" se debe decir se han manejado varias

² Grupo de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia, que son fundamento ineludible del Derecho de los países anglosajones.

³ "La esencial identidad entre el criterio de *unconscionability* aplicado por las cortes norteamericanas y el criterio de la irrazonabilidad, hace que la doctrina y jurisprudencia del *common law* en esta materia sean particularmente útiles" Cfr. BLENGIO Juan. *La Aplicabilidad de los Principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del Principio de Igualdad*. cit., p. 439.

⁴ Denominación para el sistema *Civil Law* que se refiere al Derecho de Europa continental en el que la mayoría de países son de formación romano - germánica.

⁵ Cfr. Directiva 13/93 CEE. En www.reicaz.es/textos/europa.htm - 15k.

interpretaciones, dentro de las que se encuentra aquella que sostiene que el *common law* fue diferenciado del “*canon law*” de la iglesia cristiana, buscando significar que era aquel derecho del común, humano y terrenal, no promulgado y cuyo contenido era reflejo de las decisiones tomadas por los tribunales del rey basados en el derecho consuetudinario⁶.

Las diferentes definiciones y acepciones sobre el término “*common law*”, solo podrán ser de recibo si se analizan teniendo en cuenta el contexto, razón por la cual para los efectos de este trabajo debemos decir que el sistema⁷ del *common law* es aquel que involucra “derecho no escrito, distinto de cualquier forma de derecho escrito (como códigos, leyes, normas administrativas, etc., que deriva su autoridad de un determinado órgano judicial), por tanto es “*judge-made, bench-made law, rather than a fixed body of definite rules such as the modern civil law codes*”⁸

Dentro de este sistema se encuentran países de notoria importancia, como Estados Unidos de Norteamérica y algunos pertenecientes a Gran Bretaña con excepción de Escocia cuyo sistema se considera mixto. Es así como se analizarán, con el objeto de identificar como se han manejado las cláusulas abusivas en los contratos.

1.1.1. En Estados Unidos

Aun cuando se pudiese pensar que existe poca legislación que soporte el tema de

⁶ Cfr. ITURRALDE Victoria. *El precedente en el common law*. Ed. Civitas. Madrid. 1995. p. 17.

⁷ Se debe aclarar que para algunos juristas el término que aquí se utiliza como sistema sería familia, por cuanto sistema comprende instituciones jurídicas, procedimientos y normas, ostensiblemente diferentes dentro de las tres grandes familias de derecho.

⁸ Cfr. ABRAHAM Henry. *The judicial process*. Ed. Oxford University Press. New York. 1986. p. 8

las cláusulas abusivas, se debe decir que la herramienta utilizada para contrarrestar el elemento accidental abusivo introducido en los contratos es la llamada ‘*unconscionability*’, contenida en “*THE UNIFORM COMMERCIAL CODE*” artículo 2 titulado “*sales*”, promulgado por 50 estados de los Estados Unidos de Norteamérica⁹ , así como Puerto Rico, U.S. Virgen Islands y Guam; Estos tres últimos como territorios organizados y no-incorporados a los Estados Unidos, o lo que es igual “*unincorporated – organized territories*”.

En cuanto al origen y desarrollo histórico de “*the unconscionability*” se debe decir que nace del sistema de equidad donde se definió con gran dificultad como aquella que “*shocks the conscious of the court*”¹⁰, definición que a su vez y como es lógico, generó serias discusiones sobre su amplio rango de aplicación e impidió que fuese generalmente usada y aceptada por “*the law court*”.¹¹

Era en consecuencia, una herramienta discrecional generada para aliviar la inequidad en conflictos contractuales, mecanismo que solo podía ser utilizado por “*The court of equity*”¹² aquella instancia que estaba facultada para decidir

⁹ Se hace necesario aclarar que “*the uniform commercial code*” (UCC), no es por si mismo una ley, debido a que es producto de organizaciones privadas, al haber sido propuesto por el “*National Conferene of Commissioners on Uniform State Laws*” (NCCUSL) en conjunto con “*the American Law Institud*” (ALI).

¹⁰ Cfr. FRIEDMAN Jane. *Contract Remedies*. Ed. West Publishing Company. Saint Paul 1981. p. 293. Expresión que puede traducirse como “aquella que tocaba la conciencia de la corte” .

¹¹ La división que existía entre las cortes del “common law”, era dada por dos jurisdicciones las de la “*the equito*” y la civil. En el sistema colombiano esta división nunca ha existido y por tanto no se encuentra figura con la cual se pueda equiparar. Ahora bien se hace importante resaltar que en la mayoría de los estados de Estados Unidos las cortes de fusionaron y pasaron a ser “*county courts*” los cuales son tribunales de primera instancia. Cfr. ITURRALDE Victoria. *El precedente en el common law*. cit., p. 144.

¹² Posición no pacífica en la doctrina Norte Americana por cuanto la minoritaria sostiene que la equidad es solo una de las especies contenidas en la herramienta denominada “*unconscionability*”.Cfr. FRIEDMAN Jane. *Contract Remedies*. Ed. West Publishing Company. Saint Paul 1981. p. 293, p. 358.

haciendo uso de los principios de “equidad” una vez alguna jurisdicción del “common law” se lo solicitara¹³.

Para “*the court of equity*” el remedio consistía en declarar la rescisión del contrato, lo que significaba que las relaciones volvían a la posición antes de contratar y se tenía para efectos contractuales como una terminación voluntaria y concertada de las partes¹⁴, o permitir que la parte afectada se rehusare a garantizar el cumplimiento determinada obligación¹⁵; mientras que y en contraste con ésta, “*the court of law*” prefería utilizar otras herramientas como “*cover or surreptitious*”¹⁶, “*failure of consideration*”, “*lack of consideration*”¹⁷, entre otras, para declarar el contrato o alguna provisión de éste como “*unforceable*” o inejecutable y de esta forma producir justicia en determinados casos particulares, aunque jurídicamente estas no fueran las reales razones.

¹³ La división entre “*court of equity*” y “*civil court*” desapareció en todos los estados de Estados Unidos con excepción de los estados de Delaware, New Jersey y Tennessee. *Ibíd.* p. 359.

¹⁴ A manera de comentario no sobra aclarar que si se habla de la cancelación del contrato por mutuo acuerdo estamos frente a la figura de la “*rescission*”, mientras que si la cancelación se da por una sola de las partes estamos frente a la figura denominada “*breach*” que en nuestro sistema se equipararía a la sustracción del cumplimiento de las obligaciones contractuales sin ninguna justificación jurídica. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/rescission>

¹⁵ *Ibíd.* p. 293.

¹⁶ Esta expresión implica que el contrato fue construido de manera fraudulenta.

¹⁷ El término “*consideration*” es de amplia importancia en la teoría contractual del *common law*, en especial porque es aquel sin el cual el contrato no podría ser ejecutado o forzado y está definido como “*something that is done or promised in return for a contractual promise*”. Es decir que “*consideration*” es aquello que motiva la futura celebración del contrato y que determina un beneficio para una parte y un correlativo detrimento para la otra. Cfr. TREITEL Guenter. *The Law of contract*. Ed. Thomson. Londres. 1999. p. 64. Sin embargo, esta definición no es aceptada por toda la doctrina toda vez, que se considera inadmisibles que se hable de detrimento para una de las partes, al ser esta misma quien pretende la realización del contrato, proponiendo simplemente que es “*the price of which the promise is bought*”. Cfr. POLLOCK Frederick. *Principles of contract*. Ed. Methuen & Co. Ltd. Londres. 1876. p. 133.

Con la creación del elemento de la “*unconscionability*” se descartan mecanismos existentes en el sistema estadounidense que buscaron por mucho tiempo generar equilibrio y evitar los llamados por ellos “*one-side contracts*”¹⁸.

Razones por las cuales, la provisión del UCC¹⁹ fue diseñada para:

1. Animar a las cortes en la determinación de abiertamente atacar y derribar las provisiones contractuales que ya previamente se habían estado condenando como no obligatorias, pero bajo el esquema de las llamadas “*covert tools*”, y
2. Lograr una real fusión sustancial entre la equidad y la ley²⁰.

Dichas motivaciones se vieron reflejadas en el *UCC* § 2-302 al estipular que el tratamiento de las cláusulas injustas sería el siguiente:

1. Si la corte encontraba, fallando en derecho, que el contrato o alguna de sus cláusulas era “unconscionable” o impensable, al momento de haberse pactado, tenía las siguientes opciones:
 - a. Dejar sin eficacia la totalidad del contrato
 - b. Dejar eficaz y exigible por ende las demás cláusulas del contrato
 - c. Limitar la aplicación de la cláusula considerada “unconscionable” para evitar un resultado con los mismo efectos.²¹

¹⁸ La traducción literal de esta expresión sería contratos de un solo lado, pero lo que realmente quiere significar, son aquellos contratos que por su contenido solo benefician a una de las partes.

¹⁹ Se hace necesario aclarar que “*the uniform commercial code*” (ucc), no es por sí mismo una ley, debido a que es producto de organizaciones privadas, al haber sido propuesto por el “[National Conference of Commissioners on Uniform State Laws](#)” (NCCUSL) en conjunto con “*the American Law Onstitut*” (ALI).

²⁰ Cfr. BLUM, Brian. *Contracts. examples and explanations*. Ed. Aspen Law and Business. 1998. p. 296

2. De otra parte faculta a la parte que se considera afectada para presentar evidencia que ayude a que la corte tome la decisión final y restituya el equilibrio perdido por la inclusión de la cláusula o cláusulas que lo hacen objeto de revisión

22

Fue esta provisión la que incorporó legalmente la practica realizada por “*the court of equity*” y permitió el ataque de las cláusulas denominadas “*unconscionables*” dentro de las cuales se encuentran las que se estudian.

Debe hacerse claridad en que ésta herramienta no es exclusiva de las cláusulas abusivas o “*one side-term*”, por cuanto estas son solo una forma de manifestación de las denominadas “*unconscionables*”.

Ahora bien, se hace necesario desglosar el término “*unconscionable*” para generar un concepto del cual se pueda partir para el estudio de la figura. En la Sentencia HUME V. UNITED STATES²³ la Corte dispuso que un arreglo *unconscionable* es aquel que “*such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other*”.²⁴

²¹ (1) “*if the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result*” UCC § 2-302.

²² (2) “*when it is claimed or appear to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as it to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination*” UCC § 2-302.

²³ Cfr. Hume v. United Status, 132, U.S. 406, 10 S.Ct. 134, 33 L. Ed. 393 (1889).

²⁴ Parece ser que aquí se encuentra la esencia de la figura y debido a la importancia de su entendimiento se hará una traducción libre de la expresión que afirma que un acuerdo es UNCONSCIONABLE si “ningún hombre en sus sentidos y conciente de la realidad hubiese acordado y ningún hombre honesto por otro lado hubiese aceptado”.

Intentado hacer más sencillo el concepto, esta regla consiste en un *test* que se contesta si: a la luz de la esfera normal de los negocios y las necesidades comerciales de un contrato o caso en particular, la cláusula envuelta en el conflicto, está tan dirigida a una sola de las partes que es impensable que en las condiciones en las que el mismo se generó, esta cláusula hubiera sido pactada²⁵.

El propósito de ésta doctrina es prevenir dos cosas a saber: 1. La opresión “*prevent oppression*” y 2. Sorpresas injustas “*unfair surprises*”.

Este doble enfoque ha dejado abierta la distinción entre: “*substantive*” o sustancial (*oppressive*) y “*procedural*” o procesal (*unfair surprise unconscionability*). Es así como de un mismo término se pueden observar dos modalidades. Por lo general estas dos modalidades están presentes en el mismo caso.

La primera modalidad de *unconscionability* es la llamada “*procedural unconscionability*” y hace referencia a todo el proceso de negociación el cual debe presentar elementos injustos, (*unfair bargaining*)²⁶.

Sobre ésta en particular, se hace importante resaltar que no se tiene que estar frente a la posición dominante²⁷ del contratante demandado aún cuando el que esta existe haga la figura más fácilmente aplicable, solo por el hecho de encontrarse en mayor capacidad de direccionar la negociación y por ende, el resultado de la misma.

²⁵ Cfr. FRIEDMAN, Jane. *Contract Remedies*. cit., p. 296.

²⁶ El concepto de “*bargaining*” en el sistema norteamericano contiene importantes elementos que lo complementan, dentro de los cuales esta la “*consideration*” que ya se explicó; sin embargo para dejar claridad sobre la idea que se plantea, se puede aceptar para este efecto, que es el proceso pre-contractual donde se fijan una vez discutidos los elementos básicos y necesarios objeto de la contratación.

²⁷ “*This does not mean that the relative strength of the parties is relevant to the issue of unconscionability*” Cfr. BLUM, Brian. *Contracts. examples and explanations*. cit., p. 359.

Cuando una parte está en mayor capacidad que la otra y la utiliza para limitar su poder de negociación, podemos hablar de los denominados “*contracts of adhesion*” o contratos de adhesión, donde la actuación de la parte adherente se limita a simplemente consentir o no.

Lo importante de esto para efectos de este estudio, es que si hablamos de abuso de la posición dominante y como consecuencia de él, la inclusión de cláusulas abusivas, estamos frente a la llamada “*procedural unconscionability*”²⁸.

Esta afirmación cobra importancia si se analiza el ámbito de aplicación subjetivo de la figura y lo hace por cuanto permite afirmar la no limitación exclusiva de una de las partes al ostentar el poder y abusar de él y de un solo tipo de contrato como es el de adhesión.

Cuando hablamos de “*unfair contract term*”²⁹ en específico, estamos frente a la llamada “*substantive unconscionability*”³⁰. Esto significa que el término injusto o la cláusula abusiva se encuentran ya plasmados e introducidos en el contrato y por lo tanto su análisis resultará objeto de reparo, por tanto introduce un elemento injusto e inequitativo al contrato al generar -como se ha expresado anteriormente- un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de los contratantes.

Se debe hacer claridad sobre un aspecto de suma importancia y relevancia en el entendimiento de éste tema y conlleva a decir que “*the unfair term*” no es la única modalidad de “*the substantive unconscionability*”³¹. Esto significa que no solo

²⁸ *Ibíd.*, p. 360.

²⁹ Este es el término que engloba la cláusula abusiva.

³⁰ Cfr. BLUM, Brian. *Contracts. examples and explanations*. cit., p. 361.

³¹ *Supra*.

cuando se encuentren cláusulas abusivas puede declararse la ineficacia de la misma o del contrato en general, ya que el mismo efecto puede declararse para otro tipo de cláusulas accidentales.

Sin embargo y lo que hace más interesante la figura -ya que no todas las legislaciones la comparten-, es que no solo puede declararse la cláusula como “*unforceable*”³² cuando se encuentra que ésta como elemento accidental ha sido introducida en el contrato en razón a que es “*unconscionable*”; sino que elementos esenciales como el precio en la compraventa, el interés en el mutuo comercial, entre otros, una vez hayan sido pactados de manera excesiva pueden ser objeto de aplicación de la figura de “*the unconscionability*”³³.

Sin embargo, se debe hacer claridad sobre un aspecto y es que el precio excesivo no alcanza por si mismo para declarar la cláusula “*unforceable*” como consecuencia de ser “*unconscionable*”, ya que para ello se requiere además que la parte que alega la desigualdad pruebe o ayude en la prueba de los elementos que determinen que al menos y el alguna medida existió lo que se denomina “*improper bargaining behavior*” o lo que se podría traducir aquí, buscando mayor claridad, como un no adecuado comportamiento durante el proceso de negociación. Sin embargo la parte puede también probar que el precio excesivo es una consecuencia del aprovechamiento de sus debilidades por parte del contratante abusivo³⁴.

³² Podemos equiparar este concepto al de ineficacia, por cuanto su consecuencia jurídica es la misma que la de nuestra figura, aun cuando no se esté en ningún momento tratando de traducir el término.

³³ Cfr. BLUM, Brian. *Contracts. examples and explanations*. cit., p. 361.

³⁴ El ejemplo más claro de la operabilidad de la figura que se acaba de anotar en la jurisprudencia Norte Americana en el caso de *american improvement inc. v. MacIver*, 105. N.H. 435, 201 A.2d 886 (1964).

Otra diferencia de gran importancia entre el remedio dado por Estados Unidos para la solución de controversias contractuales donde se encuentren términos injustos o cláusulas abusivas es aquella relativa a su sujeto pasivo; mientras que en otras legislaciones como las de España³⁵, Argentina³⁶ e incluso la Británica (en algunos eventos)³⁷ éste solo puede ser el consumidor y para la gran mayoría, solo el destinatario final del producto o servicio; o siendo el destinatario final aquel que actúe por fuera del giro de sus negocios; para este el sistema jurídico de este país la limitante no existe³⁸.

Por consiguiente y para dar claridad, no solo puede ser declarado una cláusula o contrato como “*unforceable*” por contener “*unfair terms*” y no superar el “*reasonable test*” (o test de razonabilidad)³⁹ utilizado por “*the unconscionability*”, cuando el afectado con los mismos (*unfair terms*) es un consumidor, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a la actividad profesional, ya que el actor puede ser un “*hombre de negocios*”.⁴⁰

Sin embargo, los autores norteamericanos concuerdan en decir que la Corte es reticente a aplicar la figura de “*the unconscionability*” cuando las dos partes del contrato son hombres de negocios, pero que la aplican cuando uno de ellos logra probar, por difícil que parezca, que estaba imposibilitado para lo que ellos denominan “*meaningful choice during the bargaining process*”; es decir, que no

³⁵ *Infra.* Num. 1.2.1.

³⁶ *Infra.* Num. 1.2.2.

³⁷ *Infra.* Num. 1.1.2.

³⁸ Cfr. FRIEDMAN, Jane. *Contract Remedies.* cit., p. 302.

³⁹ Que consiste como se indico al hablar de la sentencia HUME v United States, en identificar si cualquier hombre que estuviese en sus cinco sentidos hubiese acordado lo mismo y si cualquier hombre justo del otro lado lo hubiese aceptado.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 304.

pudo hacerse una idea real de la concepción del negocio durante el periodo precontractual y esto porque la otra parte contratante hizo menos que informarle completamente⁴¹.

Esta prerrogativa americana es quizá una de las características más novedosas y oficiosas de la herramienta, sin embargo y pese a su gran relevancia se deben analizar a profundidad los procesos y movimientos de las partes durante la etapa pre-contractual y buscar no solo el resultado, sino la causa de la negociación, logrando así un equilibrio entre la libertad contractual de un lado, pero a su vez la primacía de la justicia. La aplicación de la justicia por parte de las cortes debe ser cuidadosa dada su subjetividad y parece ser que es por esto que su utilización ostenta la dificultad que los lleva a ser reticentes y pacientes, lo cual no es del todo negativo, en especial si se habla como en este caso de personas cuya actividad diaria se circunscribe a la contratación.

Siguiendo con la explicación se debe decir que ésta afirmación final implica que para que pueda declararse *unconscionable* el contrato o una de sus cláusulas debieron participar las dos clases que se analizaron previamente: “*the procedural and the substantive*”.

En este orden de ideas podemos decir que: cuando el conflicto se presenta entre hombres de negocios, la figura tiene operabilidad aunque la Corte sea reticente a utilizarla, y tiene como requisito la necesidad de conflictos en el comportamiento del contratante que ostenta mayor conocimiento y bagaje que el otro, lo cual podríamos ubicar en “*procedural unconscionability*” ya que se enmarca dentro de la etapa precontractual o que, faltando ésta y como excepción el defecto de la

⁴¹ *Ibid.*, p. 296.

cosa si hablamos de un bien, solo se haya podido conocer una vez la garantía haya caducado⁴².

A manera de conclusión se debe decir que “*the unconscionability*” es la figura creada doctrinariamente en los Estados Unidos e incorporada en el “*Uniform Commercial Code*” para contrarrestar los efectos de lo que se ha denominado “cláusulas abusivas” y que constituye un mecanismo ampliamente concebido tendiente a dejar ineficaces o bien los contratos en su totalidad o las cláusulas que una vez realizado un juicio de razonabilidad resulten ser “*unconscionables*” o impensables y adicional a esto y sin temor a la equivocación se debe resaltar que es, de las legislaciones estudiadas en esta tesis la más amplia y menos limitante tanto objetiva como subjetivamente, que supera barreras jurídicas que las demás no han podido superar y que por sobre todas las cosas y pese a ir en contra de su gran lema de libertad, demuestra como el único límite de la misma que es la justicia, siempre debe imperar.

1.1.2. Gran Bretaña

A diferencia de Estados Unidos⁴³ donde la figura de “*the unconscionability*”, es la herramienta utilizada para contrarrestar elementos leoninos introducidos al contrato, originada en la práctica de “*the court of equity*”⁴⁴ y mudada del campo de “*general rule*”⁴⁵ o regla general, gracias a su posterior inclusión en el “*uniform commercial code*” y así utilizada por “*the court of law*” y cuyo desarrollo ha sido más

⁴² *Ibid.*, p. 305.

⁴³ *Supra.* Num. 1.1.1.

⁴⁴ *Infra.* Num. 1.1.2.

⁴⁵ Originariamente la expresión deviene de aquellas decisiones tomadas por el “*chancellor*” aquel representante de la conciencia del rey en los juicios donde la equidad determinaba las soluciones. Cfr. KOTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Ed. Oxford. 1998.

doctrinario; el tratamiento de las cláusulas abusivas del cual se ocupa este capítulo en particular, y con relación al Reino de Gran Bretaña ha ostentado amplias diferencias, sobre todo en cuanto a su positivización.

Aun cuando el Reino Unido con excepción de Escocia pertenece al denominado sistema del “*common law*”, lo que implicaría menos derecho escrito, el estudio de las cláusulas abusivas, puede partir del estudio de las leyes que para el efecto se han dispuesto.

El tratamiento de las cláusulas abusivas⁴⁶ esta comprendido en dos grandes bloques:

“*THE UNFAIR CONTRACT TERMS ACT*” de 1977, el cual entró en vigor el 1 de febrero de 1978 por disposición expresa del mismo; adicionado por acto de octubre 1 de 2003.

“*THE UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS REGULATIONS*”⁴⁷ de 1999, entrando en vigor el 1 de Octubre de 1999, revocatorio de “*The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*” e incorporada de principios contenidos en la directiva de la 93/13 CEE⁴⁸.

⁴⁶ Se debe aclarar que el termino utilizado en la legislación inglesa y con relación a su formulación literal difiere del de “cláusulas abusivas” por tanto su traducción es “UNFAIR TERMS”; término que será el que se utilice al referirnos a esta legislación y a la legislación estadounidense.

⁴⁷ De ahora en adelante citados como “UCT” y “UTCCR”.

⁴⁸ Cfr. Directiva 13/93 CEE. n www.reicaz.es/textosle/europa.htm - 15k - “*The law commission*” sostiene en su trabajo conjunto contenido en el “*consultation paper*” numero 166, que las disposiciones de la Directiva no han sido acatadas y por ende no tienen el efecto que se pretende por cuanto aunque en el acto de 1999 esta se haya recogido no lo fue así en el de 1977 porque sigue vigente

Lo primero y más importante a resaltar y buscando desvirtuar el equívoco en el que se cae con facilidad, consiste en entender que “the UTCCR” de 1999, no deroga el “UCT” de 1977⁴⁹, afirmación que no solo se puede comprobar por los “consultation papers” escoceses o ingleses emanados por “the law comisión”⁵⁰, sino porque la derogatoria expresa contenida en el numeral tercero de el UTCCR, solo hace relación a “the unfair terms in consumer contract regulation act” de 1994.

Dejando claridad sobre la no derogatoria del acto de 1977 por el de 1994, se hace necesario delimitar el campo de aplicación de cada uno de ellos para así poder determinar cómo y en qué medida se genera el concepto y tratamiento de las cláusulas abusivas en el Reino de Gran Bretaña.

Según “the scottish commission” and “the law commission for England and wales”⁵¹, las diferencias se pueden reducir a esto:

TEMA	UTC 1977	UTCCR 1999
CAMPO DE	Contiene	Aplican todas las

⁴⁹ Cfr. Law commission. Consultation paper number 166 and the Scottish law commission consultation paper number 119. p 12.

⁵⁰ “The law commission” es un cuerpo independiente establecido por el parlamento Británico en el año de 1965, cuyo objeto consiste en mantener la ley de Inglaterra y Gales bajo un riguroso estudio buscando hacer un seguimiento de la misma y proponer su necesaria modificación, concepto que se materializa en lo que se denomina “consultation paper”. “The scottish law commission” fue establecida por el parlamento escocés en el año de 1965, mismo año en que se estableció la inglesa.

⁵¹ Cfr. Law commission. cit., p. 267.

APLICACIÓN	disposiciones separadas para Gales e Inglaterra.	disposiciones para todo el Reino Unido.
PARTES PROTEGIDAS⁵²	La mayoría de disposiciones se aplican indistintamente para consumidores y no consumidores.	Aplica solamente para contratos ente: <ul style="list-style-type: none"> • proveedor-consumidor. • <i>Business seller</i>⁵³
TERMINOS NO NEGOCIADOS INDIVIDUALMENTE	Aplica haya o no haya sido negociada la cláusula. Solo que su juicio se basa en las cláusulas que excluyen o restringen la responsabilidad.	Esta regulación solamente aplica para contratos con formas preimpresas y no negociados individualmente.
EXCLUSION SEGÚN LA NATURALEZA CONTRAC	No aplica para: <ol style="list-style-type: none"> 1. contrato de seguro. 2. venta de tierra. 	Aplica para toda clase de contratos, siempre y cuando se trate de contratos con

⁵² Es este elemento el que permite afirmar que el rango de aplicación de “the UCT” es mas amplio al de “the UTCCR”, toda vez que no limita sus disposiciones para una u otra clase de contratantes.

⁵³ La traducción literal de este término conduciría a vendedores de negocios, la cual no es de recibo, razón por la cual para el efecto se entenderá como aquel que profesionalmente se dedica a las ventas.

<p style="text-align: center;">TUAL</p>	<p>3. entre hombres de negocios si se trata de propiedad intelectual.</p> <p>4. transporte de mercancías por barco o aerodeslizador.</p>	<p>consumidores.</p>
<p style="text-align: center;">DEFINICION DE CONSUMIDOR</p>	<p>Mas que dar una definición de consumidor define que lo será cuando no actué en el curso de sus negocios, ni se sostenga como tal, mientras que la otra parte si lo haga.</p>	<p>Define consumidor como:</p> <p>Cualquier persona natural que actuando bajo la protección de la regulación actúe por fuera de propósitos comerciales o inherentes a su negocio o profesión.</p>
<p style="text-align: center;">TERMINOS PARA LOS CUALES APLICA</p>	<p>Aplica solo para aquellas cláusulas que restringen o excluyen la responsabilidad.</p>	<p>Aplica para toda clase de cláusulas, con excepción de lo denominados por ellos como “<i>core terms</i>”, equivalente a nuestros elementos esenciales.⁵⁴</p>

⁵⁴ Se hace importante aclarar que en ninguna de las dos regulaciones el campo de acción cubija el elemento del precio y se hace también necesario recordar que para legislaciones como la americana este si puede ser objeto de ponderación si reviste excesividad.

Se hace necesario resaltar que “*the UCT*” tiene un rango de aplicación superior, toda vez que se circunscribe a cualquier clase de contrato en relación con las partes, mientras que “*the UTCCR*” restringe su aplicación⁵⁵ a aquellos donde una de ellas es consumidora. Lo cual significa que subjetivamente el segundo de ellos contiene mayor limitación en relación con su aplicabilidad; sin embargo y proporcionalmente contrario, el primero de ellos, es decir “*the UCT*” es objetivamente más limitado que el segundo ya que su operabilidad se circunscribe a solo dos especies de cláusulas injustas, las cuales son aquellas que restringen o excluyen la responsabilidad.

Razón esta última que hace que este estudio se incline en mayor medida hacia “*the UTCCR*” toda vez que su análisis permite determinar aspectos genéricos necesarios para proponer e identificar la tipología de las cláusulas abusivas de manera general y no específica.

Siguiendo con este orden de ideas se debe decir y hacer claridad -aun cuando ya hemos identificado el campo de aplicación de la provisión que estamos estudiando- que para que aquella “*the UTC*” aplique en relación con los contratos celebrados entre hombres de negocios, debe superar el juicio de “*reasonableness*” el cual consiste en ser “*so unreasonable that no one could contemplate the same*”⁵⁶, lo que significa, para ser mas claros, que el juicio del que se habla consiste en contestar a la pregunta de si esa cláusula es tan impensable y tan irracional que ningún otro hombre hubiese contemplado lo mismo, lo cual lleva a una gran conclusión que consiste en afirmar que el test aplicado por la legislación inglesa no difiere del que aplica la americana para hacer uso de la herramienta que determina que un término es “*unconscionable*”.

⁵⁵ Cfr. *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations. Regulation number 4.*

⁵⁶ Cfr. TREITEL, Guenter. *The Law of contract.* cit., p. 223.

Una vez identificadas las diferencias ente uno y otro bloque, se debe decir que por disposición expresa⁵⁷ de “*the UTCCR*”⁵⁸, una cláusula o término, que no ha sido negociado individualmente es tachado de injusto y contrario a la buena fe, si causa desproporción importante entre los derechos y obligaciones de las partes sujetas al contrato y va en detrimento del consumidor.

Este artículo antes citado que define que es un “*unfair term*” o termino injusto y que expone sus características permite la idea de equiparar “*unfair term*” con lo que se ha denominado “cláusula abusiva”.

De esta definición se extraen conceptos que son manejados por las demás legislaciones, como la Norteamericana, Argentina y española, ampliamente estudiadas aquí y cuya importancia es evidente al hacerse referencia expresa sobre ellos en todos los estatutos; conceptos dentro de los cuales se destacan aquellos como: “*estándar term*” el cual se enmarca en el sistema colombiano dentro de los denominados contratos de adhesión; “*good faith*” y “*consumer*”⁵⁹ y que a su vez van delimitando su campo de aplicación subjetiva y objetivamente.

⁵⁷ Cfr. *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations. Regulation number 5.*

⁵⁸ “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to i.e. requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”

⁵⁹ Este término ya fue definido en el cuadro comparativo.

En relación con los “*Standard terms*”⁶⁰ se debe entender que es aquella forma de contratar donde los términos del contrato están ya pre-impresos en formatos estándares para determinada clase y cuya variación es mínima; es así como éstos términos estándares incluidos en las formas estándares o “*standar forms*” son herramientas utilizadas no solo para ahorrar tiempo en la etapa precontractual, sino para facilitar a su vez la inclusión de términos injustos en los contratos.

Esta forma de contratar cobra especial atención en el tema que se ocupa, por cuanto no se permite que el clausulado sea individualmente negociado ya que por expresa disposición de “*the UTCCR*” en su artículo 5, el término será injusto si “no siendo negociado individualmente, contrario al requerimiento de la buena fe, causa una importante desproporción entre las cargas y obligaciones de las partes obligadas en el contrato”.

Por último y para identificar la consecuencia de su inclusión se debe decir que bajo el esquema de “*THE UCT ACT*” y de “*THE UTCCR ACT*” si una cláusula es declarada inválida, las relaciones contractuales continúan, más no la cláusula declarada injusta, esto bajo el supuesto de que el contrato pueda seguir sin la cláusula acusada⁶¹.

La regulación que sobre la materia existe no es clara y ha sido objeto de innumerables críticas, tanto así que en el año 2001 “*the department of trade and*

⁶⁰ “*the terms for many contracts are set out in printed Standard forms which are used for all contracts of the same kind, and are only varied so far as the circumstances of each contract required*” Cfr. TREITEL, Guenter. *The Law of contract*. cit., p. 196.

⁶¹ Cfr. Regulation 8 “*the utccr*”: *Effect of unfair term.* 8. - (1) *An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer. (2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term.*

industry” solicitó a “*the law commission*” y “*the scottish law commission*” que reescribieran la ley sobre “*Unfair Contract Terms*” convirtiéndola en un régimen único con un lenguaje más claro y asequible. Las comisiones se reunieron y en un trabajo conjunto el 24 de febrero de 2005 publicaron un reporte final y un borrador de la ley, donde acogían las solicitudes de “*the department of trade and industry*” y le sumaban a ello la mayor protección para los pequeños empresarios. En el año de 2006 el gobierno notificó a las comisiones que acogía sus sugerencias, pero que para ello necesitaba un estudio sobre el impacto de la regulación⁶².

Pese al intento por reunificar la materia, lo cual se hace no solo conveniente, sino necesario, y la elaboración de un borrador o “draft bill” la legislación de Gran Bretaña dista mucho de ser un modelo; la protección en relación con las cláusulas abusivas introducidas en el contrato, sigue contando con amplias limitantes, por cuanto aunque la comisión haya propuesto una legislación unificada que proteja tanto a consumidores como a hombres de negocios, sigue manteniendo la restricción carente de sentido, consistente en que las cláusulas deben ser producto de la no negociabilidad y de los contratos de adhesión, no obstante se debe reconocer su interés en la protección al consumidor y el esfuerzo legislativo no presente en Colombia por salvaguardar los principios y fines del derecho.

A contrario sensu la legislación Norteamericana ha demostrado que la protección no debe ser medida y que las limitantes tanto objetivas como subjetivas carecen de sentido, posición que se demuestra si se analiza que el test aplicado por las dos legislaciones es el mismo y que el fondo de las dos figuras presupone las mismas consecuencias y no solo eso, los mismos supuestos.

⁶² En www.lawcom.gov.uk

Parece ser, en este caso, que pese a no quererse reconocer, una vez más, la legislación americana debería ser adoptada y aplicada en el caso Colombiano, aun cuando se pueda pensar que sus jueces no están capacitados para aplicar el test que conlleva la aplicación de la herramienta de la “unconscionability” , pero lo cual tampoco justifica que se deje de aplicar, sino que genera la necesidad de fortalecimiento del aparato judicial Colombiano en cuanto a recurso humano se refiere, sin sacrificar las herramientas objetivas con la que este puede contar.

1.2. En España y Argentina, del sistema *Civil Law*.

El Sistema *Civil Law*, tiene como su principal fuente formal a la Ley⁶³ en la formación de la tradición romano - germánica⁶⁴. Dentro de este sistema, se encuentran dos países que se consideran de tradición en el *civil law*⁶⁵, con el objeto de analizar la forma en que han orientado el tema de las cláusulas abusivas en los contratos.

España, en su relación con la Unión Europea, teniendo en cuenta la Directiva 13/93 de la CEE⁶⁶ y demás normas constitucionales y civiles que rigen en la materia y otras disposiciones exclusivas de la protección a los consumidores como la Ley 26 de 1984 o Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁶⁷ y la Ley 7ª de 1998 o Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación⁶⁸.

Argentina -en menor medida en cuanto a la protección y regulación- conforme a las disposiciones constitucionales y civiles, que hacen referencia a algunas características de las cláusulas abusivas. Y también la norma que protege a los

⁶³ “No podemos pasar por alto que la tendencia actual del *Civil Law* es hacia lo que se ha dado en describir como la descodificación y constitucionalización, con lo que estos ordenamientos jurídicos han sido permeables y se han adaptado a unas necesidades comunes a todos los sistemas legales o tradiciones jurídicas occidentales” Cfr. VASQUEZ Eduardo. *Los contratos ilegales en el Common Law*. En Anuario de Derecho Civil. Num. LV, Enero de 2002. En <http://vlex.com/vid/379600>

⁶⁴ “Optando por la Codificación debido a la contundente influencia del Código de Napoleón, por lo que se requiere de principios de interpretación a un Derecho, formado por normas que tienden a la permanencia” Cfr. JIMENEZ Roxana. *La Unidad del Principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno*. cit., p. 75.

⁶⁵ Más exactamente Derecho continental europeo codificado, deudor del Derecho romano. Cfr. VASQUEZ Eduardo. *Los contratos ilegales en el Common Law*. cit.

⁶⁶ Cfr. Directiva 13/93 CEE. En www.reicaz.es/textosle/europa.htm - 15k -

⁶⁷ En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l26-1984.html

⁶⁸ En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l7-1998.html

consumidores, la Ley 24.240 de 1993⁶⁹ y sus adiciones y modificaciones en las Resoluciones 53 de 2003⁷⁰ y 26 de 2006.

1.2.1. En España en relación con la Unión Europea.

España es uno de los Estados miembros de la Unión Europea desde el 1 de Noviembre de 1993, fecha en la entró en vigor el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht⁷¹ (Países Bajos), aprobado entre el 9 y el 10 de diciembre de 1991 por el Consejo Europeo de la Comunidad Económica Europea⁷².

Conforme a ello, España pertenece a la “comunidad de Derecho” de la Unión que cuenta con un ordenamiento jurídico propio, dispuesto en un Derecho Primario y un Derecho Derivado; el primero, contiene los Tratados de creación, ampliación y modificación de la Unión y surge de consensos en los que se renuncia a cierta parte de soberanía de los estados firmantes, es el marco constitucional que se fundamenta en la Ley; y el segundo, constituido por aquellas normativas que surgen de dichos tratados en el desarrollo de los principios y objetivos de la Unión, subordinado al Derecho primario y asumiendo diferentes formas, según su contenido y alcance como Reglamentos⁷³, Decisiones⁷⁴, Recomendaciones,

⁶⁹ En www.portaldeabogados.com.ar/codigos/24240.htm - 62k

⁷⁰ En www.infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/84410.htm

⁷¹ Cfr. OJINAGA Rosario. *El proceso de integración europeo*. En A.A.V.V. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Ed. Tirant lo. Blanch. Valencia. 2006, p. 34.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Los reglamentos son obligatorios en todos sus elementos, son directamente aplicables en cada Estado miembro. En www.unioneuropea.com/spanish

⁷⁴ Las decisiones son obligatorias en todos sus elementos, vinculan a los destinatarios a quienes designa expresamente. En www.unioneuropea.com/spanish

Dictámenes⁷⁵ y Directivas⁷⁶, que pueden tener o no carácter vinculante. Existen además otros actos atípicos como acuerdos interinstitucionales, resoluciones, conclusiones, comunicaciones, libros verdes y libros blancos.

Las Directivas, son actos normativos de la Comisión Europea o del Consejo de la Unión Europea para los Estados y no para los ciudadanos; que revisten carácter obligatorio en cuanto al objetivo proyectado, pero NO en cuanto a la forma y a los medios para conseguirlo⁷⁷; puede sin embargo, el organismo facultado establecer un método específico y orientar su incorporación ó permitir a los países miembros utilizar medios externos, debidamente analizados y ponderados, certificados por un Organismo Notificado para realizar el examen correspondiente, constituyéndose en un instrumento de coordinación de los derechos nacionales⁷⁸.

La incorporación de la Directiva Europea le otorga el carácter vinculante que ésta posee; es decir que, únicamente cuando el Estado miembro transpone la Directiva en su ordenamiento jurídico, se pueden reclamar los derechos y obligaciones que de ella surgen. Además el plazo para introducirla en el Derecho de cada Estado es perentorio y “no se puede alegar disposiciones ni circunstancias de su ordenamiento interno –incluso la necesidad de modificar su Constitución- para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos de una Directiva”⁷⁹.

⁷⁵ Las recomendaciones y los dictámenes no revisten carácter obligatorio, tienen naturaleza de Declaración. En www.unioneuropea.com/spanish

⁷⁶ Cfr. Artículo I- 33 del Proyecto de Constitución Europea. Se asemejan a Leyes Marco, adoptadas de conformidad con un procedimiento de codecisión, que en la Constitución se convierte en el «procedimiento legislativo ordinario». Cfr. Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁷⁷ Cfr. Artículo 249, párrafo tercero, del Tratado de la Comunidad Europea. En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.html

⁷⁸ Cfr. VADILLO Ramón. *La incorporación al derecho nacional de las Directivas de la Unión Europea y de las futuras Leyes Marco europeas*. En www.euroresidentes.org. Mayo de 2005.

⁷⁹ En Sentencia de 9 de julio de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional->

1.2.1.1. La Unión Europea y las cláusula abusivas.

La Comunidad Económica Europea –organización anterior a la Unión Europea- a través de su Consejo, dispuso la Directiva 13 del 05 de Abril de 1993, con el objetivo de eliminar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La razón fundamental de esta Directiva está constituida por la creación de un mercado único y común europeo de bienes y servicios en el cual, los consumidores son parte esencial; es por ello que su protección a través de esta disposición es indispensable en toda relación y excluyente de otro tipo de contrato y parte.

Así, se establece que quedan excluidos de la Directiva: los contratos relativos al trabajo, al derecho de sucesión, al estatuto familiar y a la constitución y estatutos de sociedades y las partes que no sean consumidores.

El ámbito subjetivo de protección de la Directiva se circunscribe al Consumidor como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional, ya sea pública o privada”⁸⁰ de manera que los consumidores como personas jurídicas son excluidos. De otra parte, describe al Profesional como aquella “persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”⁸¹. Debe aclararse que dichas transacciones son los contratos de consumo de bienes o servicios.

⁸⁰ Cfr. Artículo 2. Directiva 13/93 de la CEE. cit.

⁸¹ *Ibidem*.

En cuanto al ámbito objetivo, la Directiva expresa como requisito para considerar una cláusula abusiva que ésta no haya sido negociada individualmente y explica que es así, cuando el consumidor no ha podido influir en su contenido, especialmente en los contratos de adhesión⁸². Frente a este tipo de contrato se especifica que se considerará como tal cuando es observado en un contexto global, aunque alguna o algunas de sus disposiciones hayan sido negociadas⁸³.

El carácter abusivo de la cláusula, conforme a la Directiva, será observado teniendo en cuenta el contrato en su totalidad con el objetivo de observar el desequilibrio, “mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego”⁸⁴, y únicamente respecto de los derechos y obligaciones y no en referencia a aquéllas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad - precio de la mercancía⁸⁵; es decir que la Directiva excluye expresamente cualquier tipo de control en relación con los elementos esenciales del contrato; más exactamente un control sobre los precios. En referencia a ellos, sólo son objeto de protección, aquellos que han sido oscuros, ambiguos o sorpresivos y no permiten una decisión de los clientes con el pleno conocimiento.

La Directiva contempla además 17 hipótesis de cláusulas abusivas, con carácter indicativo⁸⁶ que se refieren expresamente – como lo aclara en varias oportunidades – a contratos de consumo como por ejemplo, el contrato de seguros.

⁸² Cfr. Artículo 3 de la Directiva 13/93 de la CEE. *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cfr. Consideraciones de la Directiva 13/93 de la CEE. *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

En cuanto a la incorporación de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, se determinó “la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva”⁸⁷.

En consecuencia, y a manera de conclusión, para la Unión Europea una cláusula abusiva es aquella cláusula contractual que no se ha negociado individualmente⁸⁸ y que pese a las exigencias de la Buena Fe, causan en detrimento del consumidor⁸⁹ un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones⁹⁰ de las partes que se derivan del contrato. En este sentido, la Unión genera un concepto restringido de lo que la cláusula abusiva es, limitándolo a elementos que evitan protección a partes que la requieren en aras de la justicia y la equidad.

Por otra parte, el Proyecto de Pavia ó Proyecto Gandolfi⁹¹ para la creación de un Código Único Europeo de Contratos establece en su artículo 44 que: “*Efectos no pactados*. Los efectos del contrato nacen no sólo de los acuerdos entre las partes

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. Artículo 3 de la Directiva 13/93 de la CEE. *Ibidem*.

⁸⁹ Cfr. Artículo 2. Directiva 13/93 de la CEE *Ibidem*

⁹⁰ Cfr. Consideraciones de la Directiva 13/93 de la CEE. *Ibidem*.

⁹¹ “La idea del Proyecto de Pavia se debe –como se ha indicado-, al Prof. Gandolfi quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Jus Commune Europeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción, aunque obstaculizado, de hecho, por la promulgación de Códigos basados en el poder legislativo absoluto de los estados nacionales”. Cfr. GARCIA-CANTERO Gabriel. *La Traducción Española De La Parte General Del Código Europeo De Contratos*. En www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC

sino además de las disposiciones de este código así como de las disposiciones nacionales y comunitarias, de los usos, de la buena fe y de la equidad”, el cual permitiría una impugnación de cláusulas contractuales abusivas cualquiera que sean sus partes y contenido.

El Proyecto Lando⁹², en su Capítulo Uno recoge el concepto de buena fe en sus formas de lealtad y deber de cooperación entre las partes, el capítulo cuarto regula la veracidad del contrato y lo relativo a las nulidades; entre ellas las de las cláusulas no negociadas que pueden ser abusivas; es decir, cuando una de las partes se aprovechó del estado de dependencia moral, intelectual o económica de la otra para obtener un beneficio contractual excesivo⁹³, pero también aquellas que se pactan en relaciones bilaterales⁹⁴ y que tienen contenido abusivo. Y en el capítulo sexto, permite el uso de la cláusula *Rebus sic stantibus* o alteración de la base del negocio como elementos que pueden permitir la modificación del contrato⁹⁵. Dentro de este Proyecto se permite también protección a los contratantes respecto del desequilibrio de las prestaciones contractuales.

1.2.1.2. España y las cláusulas abusivas.

La legislación civil española determina que “los contratantes pueden establecer los

⁹² El Proyecto Lando pretende la creación de un Código Civil Europeo. Dispuesto por la Comisión Lando, pretende la unificación de las normas civiles europeas. Cfr. SERRANO Angel. *Hacia la integración de un Código Civil Europeo*. En Revista *Fodium* Notarial. No. 31 (Junio 2005) p. 277. Esta comisión redactó también *Los Principios del derecho europeo de contratos (PDEC)* “que constituyen el material de base para el trabajo y la reflexión de los diferentes grupos que tienen la misión de concebir un marco contractual europeo de referencia” Cfr. MAZEAUD Denis. *La Europeización del derecho de contratos (de lege ferenda)*. En A.A.V.V. *El contrato : problemas actuales, evolución, cambios. Jornadas Colombianas (2005 : Sep. 21- 22 : Bogotá)*.cit., p. 49

⁹³ Cfr. MAZEAUD Denis. *La Europeización del derecho de contratos (de lege ferenda)*.cit., p. 51.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 279.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 280.

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público⁹⁶; de esta forma se presenta un marco legal amplio y conforme al derecho dispositivo para determinar las cláusulas que no se ajustan a esos parámetros (de legalidad, moralidad u orden). La Buena Fe, se expresa como la facultad de ejercer los derechos conforme a sus exigencias⁹⁷ y en cuanto a los contratos, surge la obligación de cumplimiento de lo expresamente pactado, pero también “a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”⁹⁸; la prohibición de la conducta de abuso del derecho, se expresa también en los términos de la legislación española así: “todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros”⁹⁹.

En cuanto a la interpretación y control del contrato por parte del Juez, se aplica la regla de la “mayor reciprocidad de intereses”¹⁰⁰ ó equivalencia de las prestaciones, si el contrato es oneroso ó a la menor transmisión de derechos si el contrato es gratuito, conforme al Principio de Igualdad estudiado, lo que implica que el tenor literal del contrato no es aplicable si se vulnera dicho principio.

Así, el ordenamiento jurídico español, contempla los mecanismos para impugnar cláusulas que sean contrarias a las prescripciones de la Buena Fe y que

⁹⁶ Cfr. Artículo 1255, Capítulo I, Título II del Código Civil Español. En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l4t2.html.

⁹⁷ Cfr. Artículo 7.1. *Ibidem*.

⁹⁸ Cfr. Artículo 1258. *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. Artículo 7.2. *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. Artículo 1289. *Ibidem*.

presenten inequivalencia en las prestaciones, rasgos comunes en los conceptos de cláusulas abusivas.

Sin embargo, en el ámbito reducido de la protección a los consumidores, es necesario observar las disposiciones que al respecto, han surgido y con ocasión de la Directiva 13/93 de la Comunidad Económica Europea al realizarse su transposición en el ordenamiento jurídico español.

La Constitución Nacional de España¹⁰¹, en su artículo 51 establece que: “los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentaran sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles”¹⁰².

Conforme a dicha disposición constitucional, el 19 de Julio se creó la Ley 26 de 1984 ó Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que configuró un criterio específico para determinar quién es consumidor al decir que se incluyen tanto a las personas naturales como jurídicas¹⁰³ en el ámbito subjetivo de protección y que son aquellos destinatarios finales que adquiere, utilizan o disfrutan un bien o servicio¹⁰⁴. También se hace referencia a las Condiciones Generales y los respectivos criterios de interpretación que deben darse respecto de la protección a los adherentes como son la consideración de la Buena Fe y el

¹⁰¹ Constitución de 1978.

¹⁰² Citado por DIEZ- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit. p. 136.

¹⁰³ Cfr. Ley 26 de 1984 ó Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l26-1984.html

¹⁰⁴ Cfr. Artículo 1.2. *Ibíd.*

justo equilibrio de las contraprestaciones¹⁰⁵; configurándose así otro mecanismo de protección, limitándolo al contrato de adhesión y al consumidor como destinatario final.

Posteriormente, con la Directiva 13/93 de la CEE, se regula el tema específico de las cláusulas abusivas aunque con unos requisitos de protección que aparecen mínimos y con la que se pretende armonizar el derecho español con el de los integrantes de la Unión Europea. La Ley 7ª de Abril 13 de 1998 o Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que también modifica la Ley 26 de 1984 ó Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, empieza limitando el ámbito de protección a aquellos contratos por adhesión, en los que existan condiciones generales y no de contratos por adhesión con condiciones particulares como en el caso de la Directiva, en la que sí se permite la protección.

De esta forma se excluyen tanto de la Directiva, como de la Ley española, a los contratos negociados; decisión ésta que ha generado discusión¹⁰⁶ en el entorno del derecho contractual comunitario.

En referencia a las prestaciones esenciales en los contratos, la ley española no dice expresamente si ellas son objeto de control o no; sin embargo, se entiende que al no incluirse expresamente la disposición de la Directiva en relación a que no se deben controlar, entonces existe la posibilidad, además porque así lo

¹⁰⁵ Cfr. Artículo 10. *Ibíd.*

¹⁰⁶ “El proyecto anterior a la Directiva 13/93 de la CEE, preveía un control genérico de todos los contratos celebrados con consumidores, incluidos los negociados individualmente (...) pero esta previsión inicial fue objeto de severas críticas por la doctrina alemana (...) porque eliminaría el principio de libertad contractual y el juego de la libre economía de mercado en el campo de la contratación con consumidores (...) puede citarse la postura de la FIGED (Federación internacional de pequeñas y medianas empresas de distribución), que manifestó que la proposición de la Directiva constituía <un atentado masivo e intolerable a la libertad de contratos>, expresando su radical oposición a la misma. (...) A esta limitación siguió una Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo que lamenta que la propuesta final haya reducido el ámbito de protección a los contratos no negociados”. Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada.* cit., p. 94

expresaron los parlamentarios españoles que justificaron esta perspectiva al asumir que “los consumidores quedarían sin protección si los precios no se sometieran también a control”¹⁰⁷. Sin embargo, algunos autores¹⁰⁸ opinan que no se puede deducir que el no transponer el artículo de la Directiva implica *per se* el control que ella excluye.

Conforme a esta ley española, el predisponente debe ser un profesional quien es “toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”¹⁰⁹, norma idéntica a la estipulada en la Directiva y el adherente está siempre relacionado con el consumidor como se deduce, así dicha ley no lo diga expresamente¹¹⁰, como sí lo hace en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Es decir, que el listado de veintinueve cláusulas abusivas que contiene esta ley solamente opera para contratos entre consumidores y profesionales, teniendo en cuenta que estos últimos asumen una posición dominante frente a los primeros.

En cuanto al ámbito subjetivo de protección pasiva, la Ley española, establece que el Consumidor “no es sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a la actividad profesional”¹¹¹; es decir que el profesional, será tenido en cuenta como

¹⁰⁷ Cfr. MIQUEL, José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. cit., p. 439.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p. 441.

¹⁰⁹ Cfr. Artículo 2.1. de la Ley 7^a de 1998 o Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I7-1998.html

¹¹⁰ “Al no existir ninguna otra norma prohibitiva de las cláusulas abusivas en la propia Ley, queda excluido todo control del contenido en los contratos en que no participen consumidores...” Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. cit., p. 84.

¹¹¹ Cfr. Exposición de motivos de la Ley 7^a de 1998 ó Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. cit.

consumidor si actúa como parte débil en la relación contractual, a diferencia de la Directiva europea que excluye a las personas jurídicas y a quienes no sean destinatarios finales, como quedó anotado.

En conclusión, las cláusulas abusivas para la legislación española son aquellas cláusulas que no han sido negociadas individualmente, presentan un desequilibrio en las prestaciones del contrato y en los derechos y obligaciones de un predisponente y un consumidor. Cabe sin embargo, la posibilidad de control respecto de los contratos negociados y con partes que no tengan la calidad de consumidores, conforme a las normas del código civil.

En atención a los contenidos de las leyes 26 de 1984 y la 7ª de 1998; y para lograr los objetivos de la Directiva 93/13 de la CEE, algunas entidades y agrupaciones españolas¹¹², en el marco de la 13 Conferencia Sectorial de Consumo, se reunieron con el fin de realizar un Plan de Actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el objetivo de contribuir para eliminar dichas cláusulas de contratos como los de telefonía móvil, telefonía fija y compraventa de vivienda. Para el contrato de telefonía móvil se reunieron además de las agrupaciones mencionadas y, como vocales *ad hoc* los representantes designados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones (AETS) y por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), quienes eran los encargados de realizar el estudio correspondiente a algunas condiciones generales que pudieran resultar abusivas¹¹³, teniendo en cuenta el artículo 10 b, numeral 1 de la Ley 26

¹¹² Comisión de cooperación de consumo, integrada por representantes designados al efecto por la Dirección Regional de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Instituto Nacional de Consumo y el Grupo de trabajo de Control de Mercado de la Comisión de Cooperación de Consumo En www.consumo-inc.es/informes/frame/documentos/clausulasabusivas.htm.

¹¹³ Se obliga por ejemplo, a tarifar por segundos y no por minutos y el usuario que haya contratado con alguna compañía una promoción está obligado a pagar el importe de la misma, pero no debe

de 1984 que dice: "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

Así se expresó que para la autorización de ciertos contratos tipo debían tenerse en cuenta las recomendaciones adoptadas por la Comisión de Cooperación de consumo conforme al plan elaborado para este tipo de contrato.

llevar incluida una penalización; esto como resultado del estudio de cláusulas abusivas en la telefonía móvil.

1.2.2. En Argentina

Para definir una cláusula abusiva en la legislación argentina es necesario observar no solo aquellas disposiciones que enuncien expresamente un concepto de aquella; sino que es necesario el estudio de las demás normas constitucionales y civiles que puedan ofrecer datos para impugnar una cláusula contractual abusiva”.

Así que el artículo 19 de la Constitución Argentina dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”¹¹⁴. En él se hace referencia a dos aspectos involucrados en el concepto de cláusula abusiva como son: el orden y la moral pública, así como también implícitamente el de autonomía, limitada por aquellos y en todo caso, al poder de Dios, como se lee.

En cuanto a la protección a los consumidores en el plano constitucional, el artículo 42 dice: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”¹¹⁵.

¹¹⁴ Constitución de Argentina de 1853.

¹¹⁵ *Ibíd.*

El código civil argentino no contiene una norma expresa en relación con las cláusulas abusivas¹¹⁶; sin embargo algunos artículos sirven de marco de interpretación para los contratos en los elementos de protección que encierra el concepto de cláusula abusiva como por ejemplo, el artículo 1.198 que dice: “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”. De esta norma se sustrae el principio de la Buena Fe, el fin de Equidad y la resolución del contrato por excesiva onerosidad en aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; permitiéndose control sobre la cláusula del precio como elemento esencial.

Otros artículos del Código civil contienen tipos de cláusulas que se entienden como no convenidas y que al leerlas, aparecen como abusivas, como por ejemplo: “artículo 507. El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”

¹¹⁶ Cfr. RINESSI, Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006, p. 231.

En cuanto a la protección a los consumidores y usuarios y las cláusulas abusivas específicamente, la ley 24.240 de 1993¹¹⁷ o Ley de Defensa del Consumidor, se refiere a aquellos consumidores o usuarios que “son personas físicas o jurídicas y que contratan a título oneroso para el consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social la adquisición o locación de cosas muebles; la prestación de servicios y la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”¹¹⁸ y que no lo son “quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”¹¹⁹. Así que, aunque se reconoce a las personas jurídicas como sujetos de protección en su rol de consumidores es solamente como destinatarios finales.

En atención específica a las cláusulas abusivas, no se expresa un concepto claro de lo que ellas son, solamente se expresa el alcance que debe dárseles, al decir que se “tendrán por no convenientes”¹²⁰ y enumera tres posibilidades como tipos de cláusulas abusivas: “a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que impongan renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte y c) las

¹¹⁷ En www.portaldeabogados.com.ar/codigos/24240.htm - 62k

¹¹⁸ Cfr. Artículo 1º de la Ley 24.240. *Ibidem.*

¹¹⁹ Cfr. Artículo 2. *Ibidem.*

¹²⁰ Cfr. Artículo 37. *Ibidem.*

cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”¹²¹.

El Decreto 1798 de 1994¹²² sin embargo, las definió como “las que afectan in - equitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”, es decir, se refiere únicamente a la ecuación entre las cargas obligaciones y de derechos y no en relación a las prestaciones. Hay autores que entienden que ese desequilibrio¹²³ al que se refiere la norma, incluye a las prestaciones.

Posteriormente con la Resolución 53 de 2003¹²⁴ de la Secretaría de la Competencia la Desregulación y la Defensa del Consumidor de Argentina, se estableció un listado anexo de carácter enumerativo y no taxativo de cláusulas abusivas con el objeto de “optimizar las tareas de detención y remoción”¹²⁵ de aquellas. Es esta Resolución además se especifica que estas cláusulas deben estar en los contratos de adhesión, pues aunque la Ley 24.240 definía cuáles son estos contratos¹²⁶, no especificaba claramente que las cláusulas abusivas solamente son aquellas que se encuentran en ese tipo de contratos. El listado que aparece en esta Resolución es más específico en cuanto a las hipótesis que incluye, lo que permite una adecuación más completa respecto del contrato que se controle.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. cit., p. 37

¹²³ “Cuando la relación de equivalencia aparece sensiblemente perjudicada” Cfr. STIGLITZ Rubén, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994, p. 28.

¹²⁴ En www.infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/84410.htm -

¹²⁵ Cfr. Exposición de Motivos de la Resolución No. 53 de 2003. *Ibid*.

¹²⁶ Cfr. Artículo 38 de la Ley 24.240 de 1993. cit.

La Resolución 26 de 2003¹²⁷ de la Secretaria de Coordinación Técnica¹²⁸, sustituyó el anexo de la Resolución 53 de 2003, que enumera algunas cláusulas abusivas y modificó una parte ese anexo estableciendo las pautas y criterios objetivos que restrinjan el marco de disponibilidad a fin de proteger debidamente la situación del usuario.

En conclusión, en Argentina se conocen las cláusulas abusivas al amparo de los consumidores y usuarios como ámbito subjetivo de protección, incluso en el artículo 43 de su Constitución Nacional¹²⁹ se expresa: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor...”, lo que implica una importancia a la protección al consumidor y al usuario en el amparo de los derechos y garantías más importantes.

¹²⁷ En www.infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/84410.htm -

¹²⁸ “Por el Decreto No. 25 del 27 de mayo de 2003 se aprobaron los objetivos de la Secretaría de Coordinación Técnica entre los que se encuentra el de asegurar la correcta ejecución y control de la política comercial interna en todo lo relacionado con la defensa del consumidor, de lo que resulta que dicha secretaría es continuadora de la Ex Secretaria de la competencia, la desregulación y la defensa del consumidor del Ex Ministerio de la Producción”. En Consideraciones de la Resolución 26 de 2003. *Ibíd.*

¹²⁹ Esta norma, en cuanto a su contenido, es la correspondiente a la Acción de Tutela en Colombia.

En cuanto al ámbito objetivo de protección, los contratos por adhesión pueden ser controlados y con base en las normas de protección al consumidor y al usuario, así que el espacio es muy reducido en relación con las cláusulas abusivas. Queda sin embargo, la duda respecto a que -a diferencia de las normas europeas- no se establece enfáticamente la ausencia de negociación como requisito para el control de las cláusulas contractuales respecto a su desequilibrio, así que la posibilidad está latente¹³⁰.

Además el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998¹³¹, intentó incorporar un conjunto de cláusulas en el artículo 968 atendiendo a la protección del ciudadano común y no sólo al que es consumidor o usuario y se entiende que como es una unificación de normas civiles y comerciales, también favorece a todas las personas, inclusive las jurídicas.

Para un mejor entendimiento de cómo se desarrolla el tema de cláusulas abusivas en cuanto a sus elementos tanto En España y su relación con la Unión Europea y en Argentina, el siguiente cuadro resume esas categorías.

TEMA	UNION EUROPEA	ESPAÑA	ARGENTINA
Contratos Negociados Individualmente	La Directiva 93/13 CEE prohíbe expresamente el control sobre cláusulas negociadas.	La Ley 7 de 1998, excluye a los contratos negociados.	La Resolución 53 de 2003, especifica que las cláusulas abusivas son propias de los

¹³⁰ Cfr. STIGLITZ Rubén, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit, p. 45, que asegura que las cláusulas abusivas no son exclusividad de los contratos por adhesión y que pueden estar en los contratos discrecionales.

¹³¹ Cfr. SOTO Carlos. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. cit., p. 251.

			contratos por adhesión.
Control sobre los elementos esenciales.	La Directiva excluye expresamente cualquier control en relación con el precio y con relación a la calidad de la mercancía.	La incorporación a la legislación española de la Directiva, no dice nada respecto del control sobre estos elementos.	Las normas expresas sobre cláusulas abusivas no dicen nada; además la legislación civil permite la aplicación de la cláusula <i>Rebus sic stantibus</i> .
Abuso de la Posición dominante	No es un requisito para contemplar la cláusula como abusiva.	No se requiere.	No se requiere.
Partes Protegidas	La Directiva restringe el término a personas físicas que actúe con propósito ajeno a su actividad profesional. Se excluye a las personas jurídicas.	La Ley 26 de 1984, los define como personas naturales o jurídicas que sean destinatarios finales.	La Ley 24.240 expresa que son personas físicas o jurídicas y señala en qué actividades y en cuáles no

A continuación se estudian y analizan cada uno de los elementos aquí descritos en cuanto son un ámbito objetivo o subjetivo de valoración de cláusulas abusivas y se expresa una crítica a cada uno de ellos, con fundamento en los Principios de Buena Fe, Igualdad y Libertad y en los Fines de Justicia y Equidad.

2. **Ámbito de determinación de una Cláusula Abusiva.**

Dentro de los aspectos involucrados en los conceptos de cláusula abusiva¹³², se hallan elementos que deben ser analizados con el fin de establecer claramente uno que permita a los legisladores, a las autoridades administrativas y al Juez –en determinado caso- calificar una cláusula contractual. Estos aspectos son ámbitos de aplicación del tema, que surgen a partir de la inclusión en las diferentes normas, doctrinas o jurisprudencias de Derecho comparado y que si bien han sido discutidas¹³³, no permiten la claridad suficiente para conocer, - de una simple lectura -, si la cláusula involucrada en un contrato es abusiva o no, o si debe tener un efecto y cuál es éste.

En el ámbito objetivo de determinación, se debe analizar si el abuso en una cláusula es propio de los contratos por adhesión ó si se puede dar en cualquier otro tipo de contrato¹³⁴. Además, si es propio del concepto de la cláusula abusiva, que ésta se pueda encontrar en las diferentes estipulaciones que forman el todo del contrato, cualquiera que ellas sean¹³⁵.

¹³² El concepto más simple de lo que es una cláusula abusiva en Colombia, refiere que es “un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos que emanan del contrato”. Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit. p. 197 y no contiene más que un elemento significativo (el desequilibrio) que se pueda analizar para una demostración clara de lo que es una cláusula abusiva.

¹³³ Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1998, p. 126

¹³⁴ Por ejemplo, en contratos que han sido discutidos por las partes o los denominados de libre discusión. *Ibíd.*, p. 121.

¹³⁵ Se analiza si pueden llamarse cláusulas abusivas las que determinan los elementos esenciales de un contrato; o los elementos de su naturaleza o, simplemente las que refieren a los accidentales; según los elementos configurados en el Código Civil Colombiano.

En el ámbito subjetivo de determinación de una cláusula abusiva, se encuentra la posibilidad de que ésta, solamente pueda ser calificada como un abuso, si es consecuencia de la autonomía de la parte que tiene una posición dominante¹³⁶ en la relación contractual; y entonces, es necesario conocer qué se denomina como tal; ó si, por el contrario, no se requiere de esa calidad para que se pueda hallar dicho abuso; también se pretende dirimir la cuestión acerca de si esta calificación es exclusiva de los contratos que involucran a consumidores¹³⁷ por una parte, o a los profesionales por otra, o si se abarca todo un conjunto de partes que lo pueden llegar a conformar en las diversas prácticas contractuales. También se analiza la posibilidad de que con algún pacto o cláusula se vulneren o afecten derechos de terceros, constituyéndose así un abuso, no para alguna de las partes sino para otro tipo de persona¹³⁸.

¹³⁶ En la Ley colombiana 142 de 1994, de Servicios Públicos Domiciliarios, artículo 133, se describen algunos tipos de cláusulas que, de ser incorporadas en los contratos, harán presumir que la empresa que presta el servicio, tiene una posición dominante.

¹³⁷ Se habla de cláusulas abusivas generalmente en las Leyes de Defensa del Consumidor. Por ejemplo, en la Ley 24.240 de Argentina; o en la ley 7ª de 1998 de España.

¹³⁸ Cfr. SUESCUN, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I.* cit., p. 645.

2.1. Ámbito Objetivo.

2.1.1. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión¹³⁹ y en los contratos de libre discusión.

Son varios los conceptos de “cláusula abusiva” que la incluyen dentro de un contrato¹⁴⁰ de adhesión¹⁴¹ y que expresa que ella sólo es posible en este tipo de contrato.

Es importante señalar que, en ocasiones se asemeja la naturaleza jurídica¹⁴² de los contratos por adhesión a la de Condiciones Generales de Contratación, o a la de Contratos Tipo y en otras se marcan diferencias que para la pertinencia de este estudio resultan sutiles y poco prácticas. Se trata en este ámbito objetivo, específicamente de analizar la forma en que dentro de esta modalidad para contratar (la de los contratos de adhesión) se da el abuso en las estipulaciones del contrato, precisamente porque éste no se ha discutido, o si se puede afirmar

¹³⁹ La denominación utilizada, “contrato de adhesión” fue originaria del jurista francés Raymond Saleilles, en su libro *De la declaración de voluntad*, según varios autores, entre ellos: Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit. p. 119 y también Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 193.

¹⁴⁰ Frente a la idea de adhesión, surge la pregunta de si éste es realmente un contrato, teniendo en cuenta la mengua que recibe la autonomía contractual de cada persona, en su facultad para decidir. Se han planteado dos tesis para responder al cuestionamiento, las cuales son: Tesis contractualista y normativista. La primera, señala que las cláusulas hacen parte del contenido de un contrato y una vez aceptadas por el otro contratante deviene *lex contractus*. La segunda, implica que el ordenamiento ha dotado a los empresarios o profesionales de un poder normativo (*lawmaking power*), de una facultad de expedir normas, con eficacia suficiente para obligar a sus clientes o adherentes. Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit p. 203 y STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 35

¹⁴¹ “Una de las partes ofrece e impone a su vez, sus condiciones a la otra, que no tiene más remedio que rechazarlas o aceptarlas en su totalidad, sin poder entrar a discutir las mismas” Cfr. BREBBIA Norberto. *Contrato de adhesión*. En Enciclopedia Jurídica Omeba. cit. p. 247.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 121

que el abuso se puede presentar en otro tipo de pacto (en particular, los contratos de libre discusión o contratos paritarios).

El término “adhesión” ha sido definido como la “acción de convenir con un dictamen o idea”¹⁴³ y expresa, para el contenido de un contrato, que la voluntad está conforme con lo dispuesto por una de las partes, de manera que el consentimiento se pueda expresar a través de una firma puesta en él, u ocurra la efectiva prestación del bien o servicio, pues el objeto del contrato le satisface a la parte a la que le hicieron una propuesta y consciente en sus estipulaciones particulares. Es de esta manera en la que por lo general, acontece el *iter* formativo¹⁴⁴ del contrato de adhesión.

El punto más importante, respecto de la forma de contratar mencionada con relación a las cláusulas abusivas, radica con exactitud, en que una de las partes no ha tenido la posibilidad de discutir las cláusulas del contrato y que se adhiere a él con un simple acto formal, que lo perfecciona¹⁴⁵ y que la otra parte utiliza en su favor esa facultad que le otorga el Derecho, en contra de las exigencias de la Buena Fe. Debe precisarse a su vez que esta modalidad de contratación por adhesión, desde el punto de vista jurídico - sustancial es válida, se justifica y obedece¹⁴⁶ a los criterios post - modernos del Derecho privado¹⁴⁷.

¹⁴³ Cfr. GARCIA – PELAYO, Ramón. *Pequeño Larrouse Ilustrado*. Ed. Librería Larrouse. Argentina. 1995.

¹⁴⁴ Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 32.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 33

¹⁴⁶ “El consumo masivo de numerosos bienes o la contratación masiva de ciertos servicios requeriría que constantemente se estén elaborando contratos individuales para cada suscriptor. Ello sería más engorroso y costoso que confeccionar un contrato tipo que sirva para todo consumidor o usuario. Una vez redactado o predispuesto el contrato por el proveedor, los interesados se “adhieren” al mismo. Este criterio de eficiencia agiliza la contratación del servicio o adquisición del bien y reduce los costos administrativos de su gestión”. En www.poderdelconsumidor.com.ar-prin_contratos.htm+clausulas+abusivas.

Sin embargo, en muchas ocasiones es suficiente la necesidad del objeto -bien o servicio- para que quien es el adherente, pase por alto las demás estipulaciones¹⁴⁸; incluso las que tienen que ver con los caracteres económicos; es decir, que no se detiene a examinar cuidadosamente¹⁴⁹, cada uno de los *ítems* del contrato y en un acto de confianza¹⁵⁰, estampa su firma o le imprime su consentimiento. O más bien, que deteniéndose a contemplar cada uno de los apartados del contrato, no tiene la posibilidad de variarlos a su voluntad, ni siquiera de ceder en ella para llegar a un acuerdo, pues está ante la alternativa de “tomar o dejar”¹⁵¹.

Bajo el supuesto de que la parte “tomó” el contrato, se debe precisar que esa posibilidad que otorga el Derecho - por encontrarla útil -, no configura una libertad contractual desmedida para la parte que lo dispone, y tiene implicaciones y límites que el mismo Derecho toma en cuenta y que es el objeto de este estudio, cuando por ejemplo, enumera una lista de cláusulas, que por el hecho de estipularse, se someten a la calificación de abusivas, con la lógica consecuencia jurídica¹⁵²; o cuando el Juez determina que una de esas cláusulas

¹⁴⁷ Cfr. VALLESPINOS, Carlos. *Contratos por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires. 1984. Citado por HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1993, p. 152.

¹⁴⁸ Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dijo que “en el contrato de adhesión actúa la autonomía privada y en principio todas sus cláusulas obligan al adherente”. En Sentencia del 15 de diciembre de 1970. cit. p., 190.

¹⁴⁹ Aquí se hace referencia a lo que se denomina diligencia y cuidado en todo tipo de acción de carácter jurídico.

¹⁵⁰ Este aspecto de la confianza se relaciona con la buena fe y cada una hace parte de un extremo en el que la relación jurídica; se basa en la observancia de un código ético que permite entablar relaciones honestas. Cfr. HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p. 162.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 154.

¹⁵² Este es otro aspecto muy importante para analizar en cuanto al tema de las cláusulas abusivas y lo constituye la consecuencia jurídica que se le otorga, cuando es hallada en un contrato. Mayoritariamente la doctrina ha señalado que debe declararse la nulidad relativa de la cláusula, si ha sido prohibida con antelación por la ley ó interpretarse a favor de quien es la parte débil en el

está comprometida con vicios que la hacen nula; o cuando una autoridad administrativa controla el contrato y suprime una o varias de sus cláusulas.

Es clara entonces, la esencia de considerar por qué en este tipo de contratos emerge la posibilidad de que se presenten abusos y que la parte que se adhiere al contrato, que la otra ha dispuesto, puede reclamar la abusividad de ciertas disposiciones que o bien, atentan contra la Buena Fe, desequilibran el contrato y le perjudican o están inmersas en la ilegalidad¹⁵³. Surge porque una de las partes, no tuvo la oportunidad de referirse a ellas, de discutir las, sopesarlas o considerar lo más ventajoso o desventajoso para ella y la otra parte abusó de esa facultad conferida por el Derecho y estipuló unas cláusulas abusivas¹⁵⁴.

Es así como el hecho de tener la posibilidad de discutir o no el contrato, refiere un aspecto muy importante al momento de calificar si la cláusula realmente puede o no representar un abuso; es decir, *a contrario sensu*, que si la estipulación se formó en el contrato, previas tratativas, con negociación anterior y las partes tuvieron la oportunidad de discutirla y llegar a un acuerdo sobre ella, podría decirse que no habría tal abuso o que si lo hay, fue permitido por quien tuvo la oportunidad de negarse a él. Se niega incluso la posibilidad de que una persona atente contra sí misma con base en que por lógica “nadie se obligará a aquello que le pueda resultar perjudicial, puesto que cada persona es el garante de su propio interés”¹⁵⁵.

contrato, de existir un control judicial. Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 144

¹⁵³ En el caso de que una cláusula no esté prohibida por la Ley expresamente, pero que de su contenido se pueda concluir que es contraria a cualquier disposición, a un principio de Derecho o al orden público.

¹⁵⁴ Algunas legislaciones enuncian qué tipos de cláusulas pueden llegar a ser abusivas como por ejemplo la Ley 7 de 1998 de España.

¹⁵⁵ Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. cit., p. 20

Se parte de la base de que “quien dice contractual, dice justo”¹⁵⁶, especificando uno de los fundamentos más importantes del Derecho dispositivo, en el que las personas involucradas en un contrato, acuerdan sus relaciones jurídicas, de tal manera que todo cuanto prometen, deben cumplir, porque ese es el Derecho. Así que la Justicia contractual no es otra sino la que acuerdan las partes, mediante un procedimiento de discusión¹⁵⁷.

Emergen de allí dos aspectos; el primero, tiene que ver con lo que se denomina “discusión” y su significación en el contexto jurídico y el segundo, que tiene que ver con el abuso considerado objetivamente.

Entonces, involucrando el primer aspecto, debe decirse que aquello que se denomina discusión o facultad de negociar el contrato, depende de que ésta se realice en igualdad de condiciones; que permita a una y otra parte cotejar las ventajas y desventajas de los pactos que se realicen o de las estipulaciones a que se lleguen y, sobre todo, que la persona sea autónoma¹⁵⁸ para decidir el contenido del contrato. La ley, como una de las fuentes de Derecho¹⁵⁹, ha previsto que ese consentimiento puede llegar a estar viciado por la fuerza, el dolo o el error¹⁶⁰, y determina las consecuencias de esos vicios, por lo que la

¹⁵⁶ Expresión de Fouillé. Cfr. BATIFFOL, Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 86.

¹⁵⁷ Cfr. BALLESTEROS, José. Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada. cit., p. 20

¹⁵⁸ Cfr. PIETRO Rescigno. *Apuntes sobre la Autonomía Negocial*. En A.A.V.V. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2001, p. 114.

¹⁵⁹ En el Sistema romano - germánico, donde la Ley es la más importante fuente formal de Derecho, como el de Colombia.

¹⁶⁰ La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma. El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él. El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la

solución a un eventual abuso, estaría facilitada, en principio y si de estos casos se tratara.

El contenido del abuso, como segundo aspecto, y objetivamente considerado, debe observarse a la luz de los principios generales del Derecho y de la contratación, expuestos en capítulo anterior, y de las normas que regulan la actividad contractual y negocial¹⁶¹, pues de contrariarse uno de ellos o de ellas, se tiene la medida objetiva de la calificación “abuso” y de la lectura simple del contrato, la pericia para encontrarlo.

Así las cosas, debe analizarse si el hecho de que una de las partes haya tenido ocasión de discutir la cláusula, elimina *prima facie* la posibilidad de examinar la existencia de un abuso en ella, o si lo vejatorio de una cláusula se refiere a que no se ha discutido¹⁶². Es un asunto que ha suscitado discusión y apreciaciones diversas, en la doctrina comparada, pues para algunos autores¹⁶³, solamente se puede razonar acerca de cláusulas abusivas si ellas están inmersas en los contratos de adhesión –porque no se han podido discutir - y, en ciertos

ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento. En Sentencia Constitucional C-993. cit.

¹⁶¹ En este sentido el Código Civil colombiano que estipula las siguientes reglas en materia de contratación: artículo 1535: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” artículo 1603: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

¹⁶² “...puede considerarse, en principio, abusiva, si crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones del consumidor y del profesional y no ha sido explícitamente negociada entre las partes”. En Guía del Consumidor Europeo. 1995, p. 79

¹⁶³ “Si se admitiera que el pacto de limitación de responsabilidad (cláusula abusiva) está prohibido en todo tipo contractual se afectaría la contratación negociada en base (sic) a ese pacto”. Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 126.

regímenes¹⁶⁴, también se habla únicamente de cláusulas abusivas solamente tratándose de estos contratos.

Para otros¹⁶⁵, en cambio, éstas se pueden hallar en todo tipo de contrato, y valga decir, que dentro de la clasificación de los contratos, el opuesto por excelencia a los contratos de adhesión son los llamados contratos de libre discusión o discrecionales; es decir, que a esta última clase de contratos es que se hace referencia, según la lógica de la complementariedad¹⁶⁶. Otras consideraciones, toman una posición intermedia que exige el extremo en el abuso y además la disparidad entre las posiciones de los contratantes.¹⁶⁷

En la Teoría General de los Contratos, se encuentra una regla jurídica que permite la seguridad y certeza para quienes contratan, asumiendo el cumplimiento de la palabra empeñada. El *pacta sunt servanda* en las relaciones jurídicas implica que un contratante que ha expresado libremente su voluntad de contratar, debe cumplir con lo pactado y que su declaración ha de surtir los efectos para los cuales se convino; posición que emana también de la obligación

¹⁶⁴ El artículo 10^o de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en España dice: "se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que..."; por su parte el Código Civil Italiano 1942. Artículo 1341, estableció que las cláusulas generales son ineficaces, respecto del adquirente cuando las conoció o debió conocerlas empleando la diligencia media.

¹⁶⁵ "las denominadas "cláusulas leoninas" o "cláusulas vejatorias" o exorbitantes, que por otra parte, también pueden presentarse en los negocios que se celebran tras debates prolongados entre los candidatos a partes" Cfr. HINESTROSA Fernando. *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*. cit. p. 41. También "...si bien la cláusula abusiva no es un mecanismo propio y exclusivo propio del contrato por adhesión, pues es factible hallarlo – en ocasiones - en la contratación discrecional, lo cierto es que halla en el primero, dada su especial técnica de formación, terreno apto para su existencia y multiplicación" Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 51

¹⁶⁶ En la clasificación de los contratos, se encuentra como una categoría la que distingue a los contratos por adhesión de los de libre discusión, que sería la que completa esta categoría. Artículo 1857 del Código Civil Colombiano.

¹⁶⁷ Cfr. BALLESTEROS José. *Las condiciones generales de los contratos y Principio de Autonomía*. cit., p. 95

contractual y general de Lealtad. Sin embargo, como se ha dicho, la Lealtad y el *pacta sunt servanda* no son parámetros absolutos; toda vez que se complementan con los principios de los cuales emanan y a los que les deben su posición en el Derecho.

En ese sentido, debe observarse cómo la estipulación de cierto contenido afecta el contrato y lo relacionado con su validez desde el punto de vista jurídico, respetando la autonomía contractual, pero considerando sus límites en los principios generales. Es decir, que aún cuando el sujeto permite o consiente en una estipulación, éste no puede quedar desprotegido ante una disposición suya que lo afecte, así la haya aceptado él mismo y más cuando esta es contraria a Derecho¹⁶⁸.

Precisamente, el Principio de la Buena Fe, “permite corregir los excesos del *pacta sunt servanda*”¹⁶⁹. Si bien es cierto que la Justicia y la seguridad como fines del derecho, son consecuencia de un proceso de formación del contrato, también su contenido sustancial permite determinarla, así que la voluntad de las partes acordada en autonomía, no es la única vía para juzgar el contrato de Justo o Injusto y debe recordarse la primacía del Derecho Sustancial sobre el Procedimental. El Derecho requiere más, exige una mirada a los Principios y a los Fines y no justifica un exceso de voluntarismo, propio de otras épocas el cual ha tenido que ceder, precisamente por las injusticias. También es necesario aclarar, sin embargo, que esta es una defensa del Derecho y no una acérrima de la negligencia o la falta de cuidado ó un desconocimiento de la capacidad de las personas.

¹⁶⁸ “...cuando una cláusula ha sido negociada (...) no deben restringirse los principios de libertad contractual y *pacta sunt servanda* salvo en situaciones extremas en que debe protegerse al consumidor” Cfr. BALLESTEROS, José. *Las condiciones generales de los contratos y Principio de Autonomía*. cit., p. 21

¹⁶⁹ Cfr. SOTO Carlos y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una Economía de Mercado*. cit., p. 97

No importa entonces, que una de las partes exprese su consentimiento para que sus derechos sean vulnerados, porque la esencia contractual establece que las cargas y obligaciones se deben presentar sinalagmáticas, en el caso de los contratos bilaterales o no deben contrariar la naturaleza de determinado tipo de contrato¹⁷⁰ y sumado a esto que bajo algunas circunstancias existe la imposibilidad de cumplir con lo convenido, así la parte se haya facultado a sí misma para hacerlo.

Por ejemplo, y considerando un caso extremo, pero ilustrativo, si se pacta que al adquirente de un producto le correspondería probar que éste tenía vicios ocultos si resultara averiado con encenderlo; esta inversión de la carga de la prueba¹⁷¹ sería abusiva considerando que al asumir todos los costos de revisión y diagnóstico por un daño que él no ha ocasionado, sus obligaciones serían desproporcionadas en su contra y muy a favor del proveedor, en este caso.

Podría refutarse que precisamente en ello consiste la autonomía privada para contratar, pero entonces, quedaría abierta la posibilidad a un juego en el que estas situaciones se vuelven peligrosas para una de las partes, consentir en que pueda negociar abusos en su contra. Por ello se ha dicho que, “mediante la Buena Fe se atempera el rigor formalista de los términos literales del contrato, al ser sometido a los principios inabdicables de la equidad y la justicia”¹⁷². Incluso, algunos autores¹⁷³ que niegan la posibilidad de controlar las cláusulas abusivas

¹⁷⁰ Código Civil colombiano. Art. 1496. Contratos bilaterales, como aquellos en los que las obligaciones son recíprocas. Y en relación con la naturaleza de los contratos, lo que se quiere decir es que si por ejemplo es una DONACION, no puede contener cargas para el donatario, al punto que éste se vuelva oneroso, lo que contraría su naturaleza de ser un contrato gratuito.

¹⁷¹ Se considera en varias legislaciones que es abusiva la cláusula “que invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 133.

¹⁷² Cfr. SOTO Carlos y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una Economía de Mercado*. cit., p. 96.

¹⁷³ Cfr. BALLESTEROS José. *Las condiciones generales de los contratos y Principio de Autonomía*. cit., p. 91.

en los contratos negociados, consideran que en los contratos de adhesión, puede haberse discutido la cláusula, pero esta situación no exime la tutela, pues debe prevalecer la equivalencia de las obligaciones y prestaciones y la justicia en el contrato. Entonces, es necesario preguntar a quienes así opinan ¿por qué no se utiliza la misma medida en los contratos negociados, si lo verdaderamente importante es la conformidad con los principios?

Como se advierte en este estudio, sin embargo, es útil considerar el contrato en su plenitud, con el fin de establecer si la bilateralidad se presenta en el contrato o no; si atiende a su naturaleza o si las cargas obligacionales si bien, parecen desajustadas, en el contexto de todo el contrato se equilibran o están conformes a Derecho; pero ha de tenerse en cuenta también que esta labor, solo sería misión del Juez y previa demanda de parte¹⁷⁴, quien debe guiarse por los principios de igualdad, proporcionalidad y por la finalidad de la Justicia y de la equidad, como se ha reiterado.

En consecuencia con todo lo anterior, bajo la perspectiva del concepto de cláusula abusiva, se entiende que sí se pueden presentar con mayor frecuencia en los contratos por adhesión, pero también que no se observa por qué razón no se puede llegar a contemplar en la otra clase de contrato examinada y que la constituyen los contratos discutidos, más si son sometidos a la luz de los Principios y Fines del Derecho¹⁷⁵.

¹⁷⁴ “La iniquidad de las condiciones, igual que la desproporción, será valorada con prudente arbitrio por el juez, y el punto de referencia será, sin duda, el valor equitativo de la prestación correlativa, cual ocurre en la previsión del artículo 1550 C. Co.” Cfr. HINESTROSA Fernando. *Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?* En Revista de Derecho Privado Vol. No. 08 (Enero- Junio de 2005). p. 115.

¹⁷⁵ “Los Principios (UNIDROIT), aceptan este enfoque al dar reglas para impugnar la validez de un contrato por causa de error, dolo o coacción, y al establecer además, una causa de invalidez objetiva (independientemente de error, dolo o coacción) por el solo hecho de la excesiva desproporción de las prestaciones contractuales... puede suceder que exista proporción entre las prestaciones al momento de perfeccionarse el contrato, pero que al momento de cumplirlas su

2.1.2. Tipos de elementos del contrato que se protegen en una determinación como Cláusula Abusiva.

El artículo 1501 del Código Civil colombiano, dice que: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

Más allá de considerar si esta definición es clara, o técnica, lo que interesa para este estudio es analizar si los que se denominan elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales, cualquiera que ellos sean en determinado tipo de contrato, pueden ser sometidos o no al control de tutela que prohíbe el abuso en los contratos. Se analizarán principalmente los elementos de la esencia de los contratos onerosos, por ser estos los que más discusión doctrinaria han suscitado.

2.1.2.1. Núcleo del contrato. Elementos Esenciales.

Los *essentialia negotii*, son aquellos absolutamente necesarios para la validez y eficacia del contrato, como por ejemplo la cosa y el precio en el contrato de

valor, por los cambios de las circunstancias, se haya vuelto desproporcionado". Cfr. ADAME, Jorge. *Principios del Instituto para la unificación del Derecho (UNIDROIT). Régimen Jurídico común*. cit., p. 26.

compraventa¹⁷⁶. Ellos constituyen en la ordenación del contrato el elemento indispensable por el cual se contrata, y a partir de allí, se generan las demás estipulaciones. Se ha considerado que estos elementos son el objeto principal del contrato y por ello, la garantía de libertad para contratarlos se configura más especialmente en una esfera de protección; es decir, que frente a estos elementos contractuales – cualquiera que sean-, la restricción por parte del Estado debe hacerse menos rigurosa porque cada persona es libre de contratar o no, asumiendo que si decide hacerlo es porque el objeto del contrato le satisface y está dispuesto a asumir las cargas onerosas que de él se deriven (teniendo en cuenta también el tipo de contrato, y de si este reviste el carácter de oneroso).

En este ámbito de aplicación de la teoría sobre cláusulas abusivas, que reviste el carácter de objetivo; el núcleo del contrato o específicamente¹⁷⁷, de las prestaciones esenciales, no supone para gran parte de la doctrina¹⁷⁸ y en algunas legislaciones¹⁷⁹, un elemento sobre el cual deba discutirse o calificarse algún tipo

¹⁷⁶ Cfr. DIEZ -PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 351. También Cfr. Artículo 1501 del Código Civil colombiano.

¹⁷⁷ Es necesario aclarar que aunque existen otros elementos que configuran el núcleo del contrato como por ejemplo las solemnidades en la compraventa de inmuebles, la discusión particular que se va a tratar en este capítulo corresponde específicamente a las prestaciones esenciales y más con relación al precio en los contratos onerosos.

¹⁷⁸ “El Principio de la intangibilidad de los contratos lesivos se basa en los principios rectores de nuestro derecho contractual: la igualdad y la libertad son los fermentos del vínculo contractual y los contratantes, considerados los mejores jueces de sus intereses, deben lógicamente asumir la responsabilidad del eventual desequilibrio contractual” Cfr. MAZEAUD Denis. *La Europeización del derecho de contratos (de lege ferenda)*.cit., p. 51.

¹⁷⁹ “Resulta relevante diferenciar, tal como lo hizo la jurisprudencia colombiana de 1936, entre cláusulas principales y cláusulas accesorias, por cuanto el carácter abusivo se predica de las segundas y no de las primeras. Para la Directiva 93/13 quedan excluidas del ámbito de aplicación del control de contenido previsto por ella, aquellas cláusulas relativas a las prestaciones fundamentales o elementos esenciales (*hauptideistungen*), siempre y cuando se redacten en forma clara y comprensible (...) y el artículo 4.2. dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*”. cit., p. 225.

de abusividad, pues el control sobre la cláusula abusiva lo que permitiría sería una apreciación sobre el desequilibrio normativo y no económico del contrato¹⁸⁰; este último, determinado por las leyes del mercado, oferta y demanda; y, por la competencia; de esta manera, se dice, el contenido de las prestaciones no es libre¹⁸¹ para quien lo dispone. Otro argumento consiste en que los bienes y los servicios no poseen un valor intrínseco del cual se pueda determinar si su precio es excesivo o no; de manera que si se desea controlar, dependerá de un examen previo y administrativo -teniendo en cuenta las leyes del mercado- y no de uno judicial, en donde el Juez pueda determinar cuál es el exacto y justo precio con esmerada exactitud¹⁸².

También, y para los contratos de adhesión en particular se ha entendido que en lo referente a las prestaciones esenciales, éstas son “realmente queridas y sobre ellas recae un completo consentimiento¹⁸³ contractual”¹⁸⁴, y otros expresan que “la idea básica para justificar esa exención de control no es que el precio, por ejemplo, haya sido negociado o no, sino que respecto de él debe funcionar la competencia”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cfr. PAGADOR Javier. *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas*. Citado por RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 226.

¹⁸¹ Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía Privada*. cit., p. 98.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 99

¹⁸³ En cuanto a la expresión “completo consentimiento” entonces, se tendría en cuenta lo referente a las disposiciones de los códigos civiles que regulan lo referente al consentimiento toda vez que éste puede estar viciado por error, fuerza o dolo; es decir que esto valdría también para las prestaciones esenciales.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 101.

¹⁸⁵ Cfr. MIQUEL, José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. cit., p. 442

Entonces, considerando la esencia de la protección contra las cláusulas abusivas que consiste en impedir los abusos y las estipulaciones que atenten contra la Buena Fe, o que presenten un desequilibrio en las obligaciones y derechos de los contratantes o entre las prestaciones, es necesario delimitar éste último concepto, teniendo presente la mención realizada en el Capítulo preliminar.

Se ha dicho que una cosa es equilibrio en las obligaciones y derechos de los contratantes y otra, muy diferente, equilibrio en las prestaciones. La primera, es la meta del control y la segunda, escapa al control de los contratos, por ser ajena a las disposiciones normativas¹⁸⁶. La primera, tendría un contenido jurídico y la segunda, meramente económico.

Los argumentos expresados, reflejan una posición en el desarrollo de una economía de mercado que pretende liberar de todo intervencionismo las relaciones económicas y sustraerlas del ordenamiento jurídico como si en él no estuviera integrado el desarrollo económico de una persona o una sociedad. La separación que se pretende hacer entre el Derecho y la Economía ha resultado catastrófica¹⁸⁷ e Injusta en gran dimensión y la realidad de pobreza y subdesarrollo así lo prueban. No se defiende una tesis en la que el Estado actúa como moderador de cualquier tipo de relación y soslaya la voluntad de las partes de manera tal, que les dice cómo deben actuar o no; cómo deben contratar o no; se

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 431

¹⁸⁷ “Las políticas de ajuste estructural (...) produjeron hambre y disturbios en muchos lugares, e incluso cuando los resultados no fueron tan deplorables y consiguieron a duras penas algo de crecimiento durante un tiempo, muchas veces los beneficios se repartieron desproporcionalmente a favor de los más pudientes, mientras que los más pobres en ocasiones se hundían más en la miseria. (...) El bárbaro atentado del 11 de septiembre ha aclarado con toda nitidez que compartimos un único planeta. Constituimos una comunidad global y como todas las comunidades debemos cumplir una serie de reglas para convivir. Esas reglas deben ser –y deben parecer– equitativas y justas, deben atender a los pobres y a los poderosos, y reflejar un sentimiento básico de decencia y justicia social”. Cfr. STIGLITZ Joseph. *El malestar en la globalización*. Ed. Alfaguara. Buenos Aires. 2002, p. 16 y 17.

trata de una tarea en la que interviene como tutor y protector a favor de la justicia¹⁸⁸ y la equidad, también del orden público y del orden público económico¹⁸⁹.

Este último aspecto, el orden público económico¹⁹⁰, contiene los aspectos suficientes para afirmar que los elementos esenciales del contrato, -en especial, el precio -, deben ser sometidos a un control de abusividad y que las cláusulas que lo dispongan, hacen parte del concepto de cláusulas abusivas en cuanto su ámbito objetivo de calificación¹⁹¹.

Ese tipo de control, que lo que busca es un equilibrio entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio y en definitiva, entre las prestaciones, ha sido realizado a través de la figura de rescisión por lesión enorme que por el dogma de la voluntad, propio del mundo moderno y en extremo liberal de los contratos, ha sido sustraída de muchas legislaciones¹⁹². Pero se considera que su razón de ser

¹⁸⁸ El artículo 131 Constitución Española, permite al Estado que mediante ley pueda planificar la actividad económica general y armonizar el desarrollo regional y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. Cfr. DIEZ Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 46

¹⁸⁹ “La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país.”. En Sentencia Constitucional C- 083. cit.

¹⁹⁰ “es el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales relativas a la organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna de los contratos”. Cfr. DIEZ Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 42. Ver también lo mencionado en el Capítulo Preliminar de este trabajo, referente a los Principios

¹⁹¹ “el Derecho de EE.UU., el concepto de <unconscionability>, que es el remedio utilizado de manera más general contra los abusos de las condiciones generales (aunque es aplicable a todo tipo de contratos, se utiliza básicamente a en los contratos de adhesión), es aplicable a todo el contrato, o a cualquiera de sus cláusulas, por lo que permite al Juez reequilibrar el contrato mediante la eliminación o modificación de los términos precisos –incluyendo los relativos a las prestaciones esenciales -, si bien se parte de que, para poder apreciar la existencia de <unconscionability>, debe existir una falla en el proceso de negociación que de lugar a que el consentimiento prestado no sea enteramente libre. Cfr. BALLESTEROS José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía Privada*. cit., p. 103.

¹⁹² Por ejemplo del Código Civil Español.

no ha desaparecido, pues conforme con el contenido de lo que se denomina Equilibrio en las prestaciones, de la protección de los legítimos intereses económicos o sociales¹⁹³ y de la mayor reciprocidad entre obligaciones y derechos, subsiste la figura¹⁹⁴.

El abuso en los precios no está determinado por las leyes del Mercado únicamente; prácticas como el *dumping*¹⁹⁵ así lo demuestran; se consideran prácticas abusivas considerando el precio como medida del abuso. Entonces, ¿si hay un justo precio? Para determinar el *dumping* lo hay; ¿por qué en la contratación privada de bienes o servicios no es así? El justo precio, en un Estado Social de Derecho en el que la propiedad privada tiene una función social y es producto de una estimación común y natural, permite el acceso de un mayor número de personas al bien o servicio.

Existe también el criterio de regulación de los precios, según estos sean necesarios o suntuarios; los primeros, regulados por normas de carácter administrativo y los demás dejados a la libre estimación de quien ostente el poder para fijarlos, más si cuenta con una posición dominante o si manipula un monopolio; en cuanto a los bienes necesarios, el control debe ser más expedito, pues son estos bienes vitales para la existencia humana; el precio del servicio de agua, por ejemplo. En cuanto a los bienes que se consideran lujosos, la

¹⁹³ Cfr. DIEZ Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 137

¹⁹⁴ Por ejemplo, “la *Consumer Protection Act* finlandesa permite la revisión judicial de los precios en los contratos con consumidores cuando se considere que son irrazonables, considerando la calidad del artículo o servicio y el nivel general de los precios. En cualquier caso, aquí se realiza una previsión específica respecto a los precios, por lo que su control está directamente contemplado por la ley, sin que se incluya genéricamente como una condición general de los contratos más”. Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía Privada*. cit., p. 103.

¹⁹⁵ “la venta de productos por debajo del coste es denominada *dumping*. mercancías vendidas por debajo de su “justo valor en el mercado” y particularmente cuando son vendidas por debajo de su coste de producción”. Cfr. STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. cit., p. 220 y 221

determinación del control se comporta más discutida, pues quien accede a ellos, está en una posición de libertad mejor configurada, conforme a la posición económica y social, para decidir si contrata o no y por ello es que la lesión no está contemplada generalmente para estos bienes. Sin embargo, es necesaria la figura de la lesión y es posible que sea una cláusula abusiva¹⁹⁶, pues como se ha reiterado, lo importante en un contrato es la conformidad con los principios de la Buena Fe, la proporcionalidad y la igualdad y los fines de la equidad, el orden público y la justicia y ello implica, entre otros aspectos¹⁹⁷, la posibilidad de abandonar la simplificación del problema económico en términos puramente económicos¹⁹⁸, pues ésta se presenta es como una economía de las necesidades en la que se trata de una dimensión para todos los hombres y no de un régimen para privilegiados¹⁹⁹ y allí es donde el Derecho asume su dimensión teleológica.

El tema de la necesidad del bien, es otro criterio determinante, pues quienes defienden el voluntarismo²⁰⁰ como dogma de contratación, por lo menos, refieren que el consentimiento debe ser libre y la necesidad apremiante obliga a contratar al precio que sea, por lo que es posible, que la parte lesionada reclame un justo

¹⁹⁶ “Se consideran abusivas las cláusulas en virtud de las cuales el precio se determina en el momento de la entrega del bien o servicio, o en cuya función el profesional o empresario se reserva la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocerle al consumidor el derecho de rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado”. Cfr. RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 224.

¹⁹⁷ Esos otros aspectos, se precisan en el contenido del Orden Público Económico. *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 2.3.

¹⁹⁸ Curiosamente, no son precisamente los abogados quienes más defienden la tesis de abolición de la expresión del “justo precio”, sino los economistas.

¹⁹⁹ Cfr. ELLENA Aldo. Voz Economía. A.A.V.V. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. cit., p. 273

²⁰⁰ “La interpretación de los contratos, bajo la impronta del artículo 1156 del *Code Napoléon*, en unas cien naciones del mundo, por derivación de la autonomía de la voluntad, prosigue impregnada de la búsqueda individualista, ficticia y a menudo imposible de lo que ambas partes quisieron al celebrar la convención”. Cfr. LOPEZ Jorge. *Auge y deterioro de la libertad contractual*. cit., p. 311.

precio ante la autoridad competente. Por medio del error, también puede suceder que una de las partes, contrate por un precio, creyendo que es el justo y después, reciba una oferta por el mismo bien o servicio, de iguales características con una diferencia excesiva por un menor valor que permite –pese a las leyes del mercado o conforme a ella- considerar injusto el precio.

Es procedente la lesión en las cláusulas que determinan el objeto del contrato y aún con todos las censuras que ha merecido esta figura en cuanto a que se ha dicho que: “ la experiencia milenaria del derecho civil es clara: la nulidad del contrato por lesión, consideración tenida respecto a la dificultad de una medida objetiva de los valores, estimularía todos los cambios en los dictámenes judiciales, socavaría la confianza en los contratos celebrados, multiplicaría los procesos y plantearía a los jueces problemas insolubles (...)”²⁰¹, es necesario decir que este respeto por la persona en su capacidad para vigilar sus intereses no se sustrae a que de todas formas la injusticia, como desequilibrio en las prestaciones²⁰², se presente en los contratos. La medida del precio sí es determinable y que exista una dificultad para lograrla no es un argumento preciso que desestime la acción respecto de la lesión, como tampoco lo es que se socave la confianza, pues esta pudo haber sido defraudada al estipularse un precio injusto, además de otros principios como la Igualdad²⁰³ y hasta la Libertad contractual²⁰⁴.

En definitiva, esta figura debe subsistir y más aún, debe precisarse su relación con el tema de la violencia económica²⁰⁵ como un corolario de la economía de

²⁰¹ Cfr. BATIFFOL Henry. *Filosofía del Derecho*. cit., p. 99.

²⁰² *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.2.1.

²⁰³ *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.2.

²⁰⁴ *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.3.

²⁰⁵ “Son los casos de quien paga un precio irrisorio por el servicio de otra persona u obtiene una remuneración exorbitante por el propio, en los que sobresale el aprovechamiento de la condición

mercado que influye los negocios privados, pues su característica esencial está dada por el abuso de la posición dominante sobre el estado de necesidad²⁰⁶ en un franco desequilibrio entre las prestaciones²⁰⁷ y que hace que una de las partes tenga que consentir en determinado precio. Ahora bien, esta forma de rescisión contractual, fundada en la lesión, surge como una forma objetiva de evaluar la diferencia entre el precio pagado y el precio justo o valor del bien, por lo cual basta que el juez verifique esa desproporción²⁰⁸; su existencia radica esencialmente en la equidad en las prestaciones²⁰⁹ y en la estimación del precio, conforme a unas valoraciones objetivas²¹⁰.

ajena deprimida”. Cfr. HINESTROSA Fernando. *Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?.* cit., p. 115.

²⁰⁶ *Ibíd.* 134.

²⁰⁷ “la exigencia de asegurar la equidad y por ende la protección de quienes al disponer de sus intereses se encuentran en “estado de debilidad” por la razón que sea, sancionar el aprovechamiento indebido de este y la efectividad del equilibrio prestacional, todo sin perder de vista el apremio de salvación del negocio”. *Ibíd.*

²⁰⁸ En Sentencia Constitucional C-491 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En www.ramajudicial.gov.co.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ El tema de la lesión reviste diferentes contenidos según sean bienes muebles o inmuebles y según se determinen un justo precio, la medida en que evalúa la lesión producida al comprador. Por ejemplo el artículo 1947 del Código Civil colombiano: “existe lesión enorme cuando en la venta de un inmueble, el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; o, para el comprador, cuando el justo precio de la cosa que adquiere es inferior a la mitad del precio que paga por ella”.

2.1.2.2. Periferia del Contrato. Elementos de la Naturaleza del contrato y Elementos Accidentales.

Los *naturalia negotii*, son aquellos que sin ser absolutamente necesarios acompañan ordinariamente a los contratos de una determinada naturaleza o tipo, de tal manera que, pudiendo las partes excluirlos o modificarlos, entran en juego si las partes no disponen lo contrario, como por ejemplo la condición resolutoria en la compraventa. Los *accidentalia negotii* son aquellos que las partes pueden adicionar al contrato si así lo declaran, de acuerdo con sus intereses o conveniencias, como por ejemplo, un término²¹¹. En estos tipos de elementos concurren los mayores abusos enunciados en las diferentes tipologías de cláusulas abusivas. El abuso del derecho dispositivo, de esa facultad que tienen las partes en un contrato, de modificar los elementos de la naturaleza y crear estipulaciones o elementos accidentales, según los requerimientos de cada negocio o de la simple autonomía; ha posibilitado el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y más si se encuentran en franca desigualdad, en la que una de las partes tiene una posición de dominio y la otra, es la parte débil. Cláusulas como las que invierten la carga de la prueba o determinan arbitraje obligatorio; o las que exoneran de responsabilidad por daño a una de las partes, son pleno uso de la facultad dispositiva, pero pueden atentar contra la Buena Fe, en el primer caso y desequilibran los derechos y obligaciones y también las prestaciones, en el segundo y tercer caso.

²¹¹ Cfr. DIEZ, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 351.

2.1.2.3. Cláusulas accesorias que se relacionan con los elementos esenciales del contrato.

En relación con cláusulas especiales que tienen que ver con el precio o pactos accesorios que les afectan a los elementos esenciales²¹², o cláusulas que regulan aspectos secundarios de las prestaciones²¹³, éstas revisten una consideración especial, sobre todo en el caso de los sistemas que no admiten control²¹⁴ sobre los elementos esenciales del contrato. En los que sí se admite, pues aquellas que indirectamente se relacionan con los elementos esenciales tienen garantizado el control.

Y es que si una cláusula está dirigida a regular el tema del precio de una forma accesoria a la prestación principal, es preciso determinar para el caso de los sistemas que no admiten control sobre las prestaciones esenciales, si ellas (las accesorias) sí deben ser sometidas a control. Existen cláusulas, por ejemplo, que al ejecutarse permiten y facultan al vendedor a realizar un aumento de precio; otras que pretenden ocultar el precio real; algunas regulan el modo y la manera de cumplir la contraprestación y así. Este tipo de cláusulas accesorias a las prestaciones esenciales, pueden afectar de una u otra manera el equilibrio en las prestaciones del contrato de manera que lo importante sería determinar y distinguir las cláusulas que quedarán sometidas a control y cuáles no, según su contenido expresamente económico, normativo o simplemente mixto, conforme a la discusión que ello plantea; es decir, que solo serían controlables, las que correspondan a disposiciones jurídicas y las que se refieran expresamente al

²¹² Cfr. MIQUEL, José. *Algunos aspectos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. cit., p. 449.

²¹³ El *presinebenabreden* alemán. *Ibíd.*, p. 451.

²¹⁴ Por ejemplo, la Directiva 13/93 de la CEE. cit.

objeto principal estarían exentas de control²¹⁵. Se considera entonces que para delimitar el ámbito objetivo y solo para este caso –el de los sistemas que diferencian las cláusulas según se trate de económicas o jurídicas- es una misión difícil el establecer las cláusulas que son controlables y las que no, pues escindir el contenido económico y jurídico de una estipulación carece de operancia en muchos casos. Este es un argumento más a favor de que es necesario controlar todo el contrato en todas sus cláusulas, tanto si son jurídicas como económicas; es decir, si refiere aspectos que tienen que ver únicamente con los derechos y obligaciones no monetizables o con los que sí lo son²¹⁶, pues lo segundo no escapa a lo primero, ni debe hacerlo por disposición de la ley o la jurisprudencia, pues como se ha repetido la justicia y la equidad no son criterios que abduquen ante el afán desmedido del lucro o de una economía al servicio de pocos.

²¹⁵ *Ibíd.* p. 449

²¹⁶ “Se trata de identificar el punto del desequilibrio prestacional, ante todo económico, pero no solamente tal, pues la iniquidad también se puede referir a “elementos contractuales no monetizables” Cfr. HINESTROSA Fernando. *Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?*. cit., p. 116.

2.2. Ámbito Subjetivo

2.2.1. Como abuso de la posición dominante.

Conforme a lo dispuesto en la legislación colombiana, específicamente la Ley sobre Servicios Públicos No. 142 de 1994, las cláusulas abusivas, son producto de la posición dominante o, mejor, se presume que hay posición dominante si la empresa de servicios públicos estipula una de las cláusulas que prohíbe el mismo artículo, por considerarlas abusivas. Frente a las estipulaciones abusivas esta es la única fuente que en Colombia contiene unos parámetros explícitos en relación con el tema. Prohíbe las cláusulas que sean abusivas como mecanismo para garantizar la libre competencia e impedir los abusos de la posición dominante, conforme al artículo 333 de la Constitución Nacional²¹⁷.

La posición dominante surge cuando una empresa “puede ejercer sobre el mercado una influencia preponderante (...) puede actuar sin tomar en consideración las reacciones de sus competidores, mientras que estos sí deben tener muy en cuenta las reacciones de aquella. Esto acontece porque la empresa no tiene competencia efectiva, es decir, porque está “sustraída” de dicha competencia”²¹⁸. En este caso, la competencia no será la reguladora del mercado como ocurre cuando existe una verdadera competitividad y además, cuando no existe buena fe, los agentes realizan la explotación abusiva respecto de los demás sujetos de la economía, cualquiera sea el nombre que tengan²¹⁹.

²¹⁷ Cfr. Artículo 3º de la Ley 142 de 1994.

²¹⁸ Cfr. SUESCUN, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, cit., p. 639.

²¹⁹ *Infra*. Capítulo 1. Nums. 2.2.2., 2.2.3. y 2.2.4.

Ahora bien, no toda posición dominante genera la posibilidad de un abuso y no todo abuso, parte de una posición dominante; ocurre con mayor frecuencia, eso sí que la posición dominante en una economía es la facilitadora esencial de las prácticas abusivas, entre ellas, las cláusulas en los contratos, más si su contraparte es una parte débil.

Con fundamento en esa comparación entre posición dominante y posición débil²²⁰, se establece una diferencia que puede utilizarse no solamente como la medida de una Empresa o de un Profesional²²¹, según la posición que ostente respecto a las demás; sino como el criterio para delimitar la condición de los contratantes en determinado negocio; es decir, que en un plano de igualdad económica, social o en definitiva, jurídica, puede cada una de las partes ostentar una posición de diferencia y con base en ella, contratar. Las cláusulas abusivas serían la consecuencia de esa diferencia, aun cuando se permita la posibilidad de definir el contrato en las “negociaciones previas”. Toma fuerza el argumento de una verdadera igualdad, que en lo material se denote como el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y en las prestaciones con independencia de las características de cada una de las partes, es decir, si es persona natural o jurídica y cuál su naturaleza específica.

Para Colombia, el contenido de la Ley 142 de 1994, frente a la prohibición de las cláusulas abusivas, se circunscribe específicamente para las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, cuya especificidad tiene radical importancia, pues la relación jurídica que subyace a los contratos de servicios públicos está enmarcada dentro de los fundamentos del Estado Social de Derecho, con arreglo

²²⁰ *Infra*. Capítulo 1. Num. 2.2.3.

²²¹ Se entiende por Profesional toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial ya sea pública o privada. Cfr. BALLESTEROS, José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía Privada*. cit., p. 82.

a la Constitución²²² que busca proteger los derechos e intereses colectivos entre los cuales se encuentran el acceso a infraestructura de servicios para garantizar la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a su eficiente y oportuna prestación²²³. El fin de esta Ley, en su artículo 133 específicamente, es proteger a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de abusos que menoscaben sus especiales intereses concretados en prestaciones y servicios necesarios para asegurar las condiciones fundamentales de la existencia humana en condiciones dignas y que la persona por sí misma no puede asegurarse²²⁴, lo que la convierte en parte débil.

Al ser esta Ley, la única referencia en Colombia sobre la materia de este estudio, es de vital importancia para extraer el ámbito subjetivo de aplicación de las cláusulas abusivas en relación con un criterio que determina que la posición dominante se descubre cuando se estipula una de las cláusulas contenidas en el artículo de la ley 142 de 1994.

2.2.2. Respeto de los consumidores.

Como se observa en las normas²²⁵ que regulan la prohibición de las cláusulas abusivas, el objeto primordial de ellas es proteger a los consumidores de los eventuales abusos que se producirían con la inclusión de ciertas cláusulas. En este contexto, es el consumidor la parte interviniente en un contrato que más debe atender a esas disposiciones con el fin de que sus derechos no sean vulnerados.

²²² Cfr. Artículo 1º. Constitución Política de Colombia.

²²³ Cfr. Artículo 4º. Núms. 7 y 9 de la Ley 472 de 1998.

²²⁴ Cfr. BOTERO, Catalina. *Estado Social y Democrático de Derecho*. En *Red de Promotores de Derechos Humanos*. Ed. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 2001, p. 23.

²²⁵ Por ejemplo, Ley 24.240 en Argentina; Ley 7º de 1998 en España.

Sin embargo, es fundamental definir quién es el consumidor y si este debe ser el único objeto de protección contra los abusos del derecho.

El consumidor, es la persona natural o jurídica²²⁶ que adquiere, utiliza o disfruta algún producto o servicio y lo hace como destinatario final²²⁷. Con esta definición se excluye entonces a aquél que utiliza o disfruta del algún producto o servicio para procesos de producción, transporte o prestación a terceros. Por ejemplo, la empresa que adquiere leche para fabricar helados o el comerciante que compra ropa a un fabricante, para venderla en su establecimiento.

Respecto del consumidor deben considerarse varios aspectos relacionados con la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos: el primero, tiene que ver con la posibilidad que tuvo de discutir o no el contrato; el segundo, qué tipo de rol asume el consumidor dentro del contrato (como adherente) y el tercero, la relación existente con el proveedor o empresario.

En primer lugar, se dejó anotado²²⁸ que con independencia de la discusión o no de las cláusulas, estas pueden considerarse abusivas en un contexto legal y con subordinación al principio de la buena fe y de la equivalencia de las obligaciones, teniendo en cuenta el fin de Justicia. En el caso de los consumidores - adherentes es más factible hallar en un contrato determinado la inclusión de cláusulas abusivas; es a ellos, principalmente a quienes se refieren las Leyes sobre Protección al Consumidor de los diferentes ordenamientos jurídicos y con base en esas disposiciones que se discute el tema de las cláusulas abusivas; es decir, se liga el concepto de consumidor con el de los contratos de adhesión y solo

²²⁶ Algunas legislaciones solamente dicen del consumidor como persona natural como la Directiva 13/93 de la CEE. cit.

²²⁷ El destinatario final es el elemento subjetivo más común en las legislaciones que incluyen una definición de “consumidor”.

²²⁸ *Supra*. Capítulo 1. Num. 2.1.1.

para esta relación²²⁹, pues la libertad de configuración del contenido del contrato ha desaparecido.

Es probable también que esa simplificación obedezca al criterio de realzar la protección a una específica persona que aparece vulnerable frente a quien detenta un poder económico y que no está en igualdad de condiciones para contratar, dejando que el mismo ordenamiento jurídico se encargue de otros abusos con fundamento en las diferentes normas de los códigos civiles o como labor específica del juez, en su rol de intérprete y aplicador del Derecho. Sin embargo, se ha encontrado que existen disposiciones²³⁰ que excluyen específicamente del control sobre cláusulas abusivas en los contratos negociados²³¹.

Frente al consumidor es necesario abordar el conocimiento de lo que éste significa realmente y lo que representa en el campo económico o social, pues aún correspondiendo a la característica de destinatario final²³², puede no ser en realidad el sujeto de protección al que las Leyes de Consumidores se refieren, como parte débil o en desigualdad de condiciones para contratar (como adherente). Es probable que en la modernidad, el consumidor esté en superioridad contractual frente al proveedor y que asuma una posición abusiva frente al contrato de provisión de bienes o servicios y estipule o negocie cláusulas abusivas en contra del proveedor, al que no le queda más alternativa que la de

²²⁹ “FARINA define a las cláusulas abusivas como aquellas impuestas unilateralmente por el empresario...” Cfr. RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 220.

²³⁰ Cfr. Directiva 13/93 de la CEE. cit.

²³¹ *Supra*. Capítulo 1. Num. 2.1.1.

²³² Incluso “el poner fin a la vida económica de un bien o servicio a través de su consumo o uso, que es la función esencial del consumidor, no coloca a éste en una situación especial respecto a su proveedor, pues en igual situación se encuentra quien adquiere el bien o servicio para integrar un circuito de producción o comercialización, que no es considerado consumidor o usuario”. Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas Generales de contratación y la protección al consumidor*. En A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. cit., p. 290.

contratar en esos términos. Entonces, solamente le queda al proveedor aceptar la desigualdad en las obligaciones porque el sistema no lo protege; es más lo excluye del ámbito de protección.

El consumidor, cuando es persona jurídica²³³, cuando es empresario, por ejemplo, puede llegar a ostentar igual o mayor poder que el proveedor y en esa medida, el contrato ser ejecutado con estipulaciones abusivas que no tienen por qué escapar a control judicial en un eventual caso. En armonía con lo estudiado en relación con la discusión en un contrato, es necesario añadir que si por ejemplo, un contrato resultare incumplido en una de sus estipulaciones y la parte demanda, podría el Juez, dejarla sin efecto ante el abuso objetivo que ella expresa y hallar razón para el incumplimiento ante dicha abusividad.

En la doctrina se ha preferido entonces hablar de asimetría de poder contractual y de protección a la parte débil²³⁴.

2.2.3. Protección a la parte débil²³⁵ en los contratos, en relación con las cláusulas abusivas.

El contrato celebrado con asimetría de poder contractual, que conjuga dos partes consideradas en extremo desiguales, puede resultar Justo y equitativo, con observancia del Principio de la Buena Fe y la aplicación de las reglas que prohíben el abuso del Derecho y que obligan a actuar con transparencia y Lealtad.

²³³ La Directiva 13/93 de la CEE, excluye del control de las cláusulas abusivas a las personas jurídicas, entendiéndose que consumidor solo son las personas físicas. cit.

²³⁴ Cfr. GALDÓS, Jorge. *El Principio favor debilis en materia contractual. Algunas aproximaciones en el derecho argentino*. En A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. cit., p.114.

²³⁵ También se les ha denominado como “hipo suficientes jurídicos”, expresión acuñada por LORENZETTI. *Ibidem*.

Las cláusulas en este caso, resultarán justas y no se tendrán que someter a tutela por motivo alguno. La intervención estatal, por otra parte, se justifica cuando algunos grupos económicos poderosos se sustraen de dichos principios y parámetros y abusan de las razones que tiene la parte, considerada débil, para contratar y así utilizar en su beneficio dicho poder²³⁶. Se puede demostrar que hubo negociación, que la parte débil estuvo conforme al acuerdo y en un “procedimiento justo”, libre de apremio y de vicios en el consentimiento, se expresó la autonomía contractual. Pero al hacer el análisis objetivo al contenido del contrato, dar como resultado el carácter abusivo en sus cláusulas. La forma en que el contrato se realiza, no impide la consideración de su relevancia sustancial²³⁷. La alusión a la autonomía privada será la excusa a la falta de Buena Fe y ello perjudica notablemente la esencia de un contrato²³⁸.

2.2.4. En relación con otro tipo de parte en el contrato.

Con base en la necesidad de establecer el ámbito subjetivo de calificación de una cláusula abusiva y conforme a lo expresado en las normas que han intentado describir y regular el tema²³⁹ y a los conceptos en referencia anterior de

²³⁶ Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. cit., p. 33

²³⁷ Cfr. CORTES Edgar. KOTEICH Milagros y NEME Martha. *Formalismo Negocial Romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección a la parte débil?* En REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Vol. No. 09 (Julio – Diciembre 2005); p. 151.

²³⁸ “La preocupación por la equidad del acuerdo contractual (independientemente de la conformidad de las partes con tal acuerdo) ha prevalecido, y se ha transformado en una expresión que más que un anhelo es una verdadera figura del derecho moderno: la protección de la parte débil. Tal debilidad, o si se ve desde otra óptica, tal injusticia, no solo se refleja como disparidad económica, sino también, y principalmente, como disparidad jurídica”. *Ibíd.*, p. 131.

²³⁹ En la Unión Europea, la Directiva 13/93 de la CEE; en España, la Ley 7ª de 1998; en Argentina la Ley 24.240 de 1993; en Colombia la Ley 142 de 1994.

consumidor y parte débil, se define cuál tipo de parte en el contrato podría ser víctima de una cláusula abusiva.

Nuevamente se debe anotar que para algunos autores es suficiente la mención de “el adherente” como objeto de aplicación del régimen de protección, lo cual ya fue discutido²⁴⁰; que la relación al consumidor, es escasa en cuanto se refiere únicamente a destinatarios finales y en ocasiones, solamente a personas naturales y que la parte débil es el mayor receptáculo de estas prácticas, pero no el único.

Ha de tenerse en cuenta que el control de contenido del contrato, observará si en él existe un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes y en este sentido, cualquier parte en un contrato podrá ser protegida con una legislación en contra de las cláusulas abusivas o en su ausencia, con la apreciación de los Principios Generales del Derecho²⁴¹ y de la Contratación.

Dentro del contexto expresado, en el que cualquier persona queda protegida con la prohibición de la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato –cualquiera que éste sea- y con el fin de especializar el contenido del ámbito subjetivo y solamente para un mayor entendimiento de esta posición, se citarán algunos ejemplos de partes, objeto también de cuidado y protección.

- a. El Proveedor: El artículo 3º del decreto Legislativo N° 716 de la legislación Argentina, entiende por proveedores las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los

²⁴⁰ *Supra.* Capítulo 1. Num. 2.1.1.

²⁴¹ *Supra.* Capítulo Preliminar. Num.1.

consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se consideran proveedores a: 1. Distribuidores o comerciantes; 2. Productores o fabricantes; 3. Importadores; 4. Prestadores²⁴².

Al contrario de lo expresado en muchas normas de protección a los consumidores, el proveedor puede ser víctima de cláusulas abusivas, cuando sus clientes los someten a un conjunto de estipulaciones que deben ser “acatadas”²⁴³ porque de lo contrario no habría contrato. No quiere decir ello, que exista necesariamente un contrato de adhesión propiamente dicho²⁴⁴; sino que la negociación es superflua y manejada como elemento decorativo dentro del contrato. Dicho cliente además puede ser destinatario final o empresario que contrata cualquier bien o servicio para negociar con él²⁴⁵.

En las condiciones jurídicas específicas para contratar, puede el proveedor no tener la calidad de parte fuerte, más si no ostenta el monopolio del bien o servicio²⁴⁶.

²⁴² Prestadores hace referencia a aquellos que ofrecen servicios, como por ejemplo, las entidades de salud. Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas Generales de contratación y la protección al consumidor*. cit., p. 289

²⁴³ “acatar”, es una expresión que implica rigurosidad y se asemeja a “consentir”.

²⁴⁴ “...la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”. Exposición de Motivos de la Ley Española 7ª de 1998. cit.

²⁴⁵ Por ejemplo, una gran cadena de almacenes que exige a sus proveedores una gran cantidad de requisitos abusivos para contratar y en consecuencia, incluyen cláusulas abusivas en sus contratos.

²⁴⁶ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas Generales de contratación y la protección al consumidor*. cit., p. 290

b. Empresa: Este término, tiene un contenido positivo, de ser la forma de emprender un objetivo o meta, y configura en el mundo globalizado, una entidad de importancia económica y jurídica en continua relación. En ese sentido, los contratos se manifiestan entre sujetos típicamente poderosos o en los que de todas formas, uno de ellos tiene esa característica. Cuando la relación se presenta entre “iguales”²⁴⁷ y cada una de ellas, decide imponer sus condiciones, “se está frente a una verdadera batalla de formularios”²⁴⁸.

La situación para contratar entonces debe confrontar los principios de la Buena Fe y de la Igualdad, reconociendo la capacidad que tiene cada persona para encontrarlos y observarlos a través de la Libertad y la Autonomía contractual. “La actividad empresarial debe estar intervenida por principios éticos que condicionen su actuación y poder económico pero que no traben su crecimiento. Tales ideas no son contradictorias”.²⁴⁹ En esa medida, el *pacta sunt servanda* adquiere todo su rigor y no hay forma alguna de desplazarlo; pero (se insiste), cuando contraría la naturaleza de los contratos o se desequilibran las obligaciones y prestaciones y más, cuando se atenta contra la Buena Fe y demás principios, se activan todos los mecanismos de tutela a favor de la Justicia.

²⁴⁷ Resaltadas las comillas, el término “iguales” aparece relativo, toda vez que para que esto se manifieste deben concurrir circunstancias de tipo económico, social y cultural que son difíciles de ponderar para concluir esa igualdad.

²⁴⁸ Cfr. BORDA Alejandro. *La contratación en masa*. En A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. cit., p. 271

²⁴⁹ *Ibidem*.

3. Situación y Perspectiva para el Sistema en Colombia de un concepto de Cláusula Abusiva.

Realizada la comparación sobre cláusulas abusivas en algunos sistemas²⁵⁰ como el de Estados Unidos e Inglaterra del *Common Law* y España en relación con la Unión Europea, además de Argentina del *Civil Law* y estudiados los elementos²⁵¹ que componen los conceptos sobre la materia, se puede expresar para Colombia una perspectiva que implique esos elementos; que tenga en cuenta los principios y fines y que asuma la situación actual en que se encuentra el país en relación con la problemática del abuso en las cláusulas contractuales. De esta manera, la propuesta de un concepto para Colombia que permita una evaluación de cada cláusula dentro de los contratos y que coadyuve –aunque sea parcialmente- a la elaboración de una normativa sobre este tema.

3.1. Situación.

La prohibición de las cláusulas abusivas, se sustenta -en principio- en la Constitución colombiana de 1991. El artículo 1º indica que “Colombia es un estado social de Derecho (...) fundada en el respeto por la dignidad humana (...)” y en esa forma expresa las razones para considerar que un abuso, es un atentado contra la dignidad humana en la falta de reconocimiento de persona, que cada una de las partes involucradas en un contrato debe hacerse. En el Estado social de derecho, una de las características intrínsecas más importantes es la de la solidaridad²⁵² como un deber y un derecho que permite revisar las conductas de

²⁵⁰ *Supra.* Capítulo 1. Num. 1.

²⁵¹ *Supra.* Capítulo 1. Num. 2.

²⁵² Cfr. Artículo 1º de la Constitución Política de 1991.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

quienes se encuentran en una posición de superioridad frente a los más débiles; para los contratos se traduce en la consideración a la capacidad de las personas en cuanto sujetos en ignorancia para contratar o sin información o sin poder económico para tomar la iniciativa y/o negociar.

El artículo 2º de la Constitución contiene los fines esenciales del Estado, entre los que se encuentran “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y “la vigencia de un orden justo” y en esa medida, la realización de los controles²⁵³ que permitan esa efectividad y ese orden. Así que las relaciones contractuales están sometidas también a esos principios, deberes y derechos y al fin de orden justo²⁵⁴.

Para delimitar la referencia a esos principios, en cuanto a las cláusulas abusivas, el artículo 13 de la Constitución expresa y promueve el Principio de Igualdad ante la ley en la protección de sus derechos, libertades y oportunidades y además prohíbe el abuso del derecho de personas que por su condición económica abusen de los más débiles. De allí se extrae entonces, el principio de Igualdad²⁵⁵ y la prohibición del abuso²⁵⁶.

El Artículo 16 dice: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

²⁵³ “(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Cfr. Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

²⁵⁴ *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 2.1.

²⁵⁵ *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.2.

²⁵⁶ *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.1.1.

y el orden jurídico”. Esta disposición constitucional es de gran importancia pues de ella se extrae el principio de libertad contractual y de autonomía con las limitaciones correspondientes en la referencia al orden jurídico, que está constituido por los principios y fines mencionados²⁵⁷.

En relación con el Principio de la Buena Fe, el Artículo 83 los propugna también para las actuaciones de los particulares. Este axioma, comprende a todas las personas y sus actuaciones; para el caso de este estudio, los negocios en la aplicación del deber de lealtad y en la creencia de la lealtad de los demás²⁵⁸.

El artículo 95 de la Constitución dice:“(…) Toda persona está obligada a cumplir la constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; (...)9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”. En ese sentido, se predica también la prohibición de abusar del derecho como deber de todas las personas. Y se constata también la constitucionalización²⁵⁹ de los conceptos de justicia y equidad como realidades que pueden ser llevadas a cabo.

El artículo 333 de la Constitución tiene importancia para el tema de este estudio en cuanto a que prescribe la libertad económica y de empresa y la libre competencia económica conforme a unos criterios orientadores hacia el bien

²⁵⁷ *Supra*. Capítulo Preliminar. Nums. 1 y 2.

²⁵⁸ “Una estructuración total de este principio se debe a los juristas romanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de *treu* y *glauben*. *Treu*, nuestro deber de ser leales para con los demás; *glauben*, nuestra creencia en la lealtad de los demás”. En Sentencia de 23 de Junio de 1958, cit.

²⁵⁹ “Constitucionalización es la afirmación progresiva de normas jurídicas superiores e imperativas que deben ser respetadas por la ley, los reglamentos y naturalmente, el contrato” Cfr. AYNES Laurent. *La Constitucionalización del Derecho de Contratos*. En A.A.V.V. *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco – latino – americains*. cit., p. 415.

común y establece una responsabilidad, en tanto recuerda que tiene función social; además determina la prohibición del abuso de la posición dominante.

El código civil colombiano, por su parte, contiene disposiciones que valen como fundamento para impugnar algunas cláusulas contractuales, aunque no expresa un concepto de cláusula abusiva. Esas disposiciones son:

El artículo 1602 dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Esta expresión formula la regla del *pacta sunt servanda*, pero debe notarse cómo puede ser invalidado restándole el carácter absoluto y en las causas legales la forma en que un contrato con determinadas cláusulas puede ser controlado con el fin de establecer si ellas son abusivas o no.

En la siguiente norma se expresa el contenido de la Buena Fe referido a la naturaleza de la obligación o específicamente con lo que diga la Ley; en un espacio muy restrictivo de lo que ella (la buena fe) significa para el caso de determinado contrato²⁶⁰; sin embargo a partir de allí se pueden impugnar los contratos con cláusulas abusivas y dice: Artículo 1603: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

²⁶⁰ Al ser la Buena Fe, un Principio del Derecho, significa “aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica (...) un principio que la conciencia social considera como necesario, aunque no haya sido formulado por el legislador”. Cfr. DIEZ- PICAZO Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit., p. 50.

El artículo 1624 atiende a los criterios de interpretación de ciertas cláusulas para darle sentido a lo que ha denominado una cláusula ambigua²⁶¹, en este contenido la estipulación ambigua, puede conllevar a un abuso, según la explicación de la falta de transparencia²⁶².

Por su parte, el artículo 1622 dice: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (...)”. Este artículo es de utilidad en el tema de las cláusulas abusivas en cuanto permite hacer una interpretación del contrato en conjunto, de manera que una sola cláusula puede resultar abusiva, pero equilibrarse en el estudio sistemático del contrato.

La jurisprudencia colombiana²⁶³ por su parte, ha señalado que el sentido abusivo de la cláusula se lo otorga el hecho de que el contenido de ésta sea oscuro y no se pueden modificar los pactos, “incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes (...) Pueden aparecer ante éste exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios”. En este caso la Corte asemeja el contenido abusivo de una cláusula a la falta de transparencia que puede existir en la misma.

En cuanto a las cláusulas esenciales la jurisprudencia de 1936 reconoce la autonomía de la voluntad y el postulado que dice que “el contrato es ley para las

²⁶¹ Ambiguo según el DRAE: dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.

²⁶² *Supra*. Capítulo Preliminar. Num. 1.1.2.

²⁶³ En Sentencia del 29 de Agosto de 1980. M.P. Humberto Murcia Ballén. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. En Gaceta Judicial CLXVI. p. 119.

partes”²⁶⁴ y se prohíbe ejercer un control en ellas; mientras que las accesorias pueden controlarse, puesto que ellas lo que pretenden hacer es precisar el sentido de las esenciales y no modificarlas expresamente²⁶⁵.

Sin embargo, el código civil de Colombia²⁶⁶ acepta el concepto de lesión aunque limitado a los bienes inmuebles y sólo respecto de un 50% de diferencia del valor del bien.

Ahora bien, respecto de los sujetos objeto de protección en contra de las cláusulas abusivas, la legislación colombiana ha previsto dos normas que constituyen la única regulación en la materia en un ámbito restringido, pero que permiten identificar algunas cláusulas abusivas.

El Decreto 3466 de 1982²⁶⁷, denominado Estatuto del Consumidor contiene algunas definiciones que son útiles para el objeto de este estudio, “Artículo 1o. Para los efectos del presente Decreto entiéndase por: a). Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios, destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional. b). Proveedor o expendedor: Toda persona natural o jurídica que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público y c). Consumidor. Toda persona natural o jurídica, que contrate la

²⁶⁴ Cfr. Artículo 1602 del Código Civil Colombiano.

²⁶⁵ En Sentencia del 12 de Diciembre de 1936. M.P. Eduardo Zuleta Ángel. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. En Gaceta Judicial XLIV. p. 677.

²⁶⁶ Cfr. Artículo 1947 del Código Civil colombiano.

²⁶⁷ En Diario Oficial No.33.559, de 3 de Diciembre de 1982.

adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades (...)

Al definirse el Consumidor como persona jurídica, se amplía el campo de aplicación de las normas que lo protegen y es necesario tener en cuenta lo mencionado para este tipo de parte en un contrato²⁶⁸ ; no se menciona que éste es un destinatario final sino más bien en la expresión “utilización” de un bien “para la satisfacción de una o más necesidades”, la posibilidad de que el consumidor transforme, para procesos de producción, transporte o prestación a terceros el bien. Si no es esto lo que quiso decir la ley, entonces es posible que haya debido especificarse.

En este Decreto del Ministerio de Gobierno del año 1982, lo que intenta es una protección respecto a la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores, a la garantía²⁶⁹, al sistema de fijación de precios²⁷⁰ y a un régimen de responsabilidad²⁷¹ y sanciones²⁷². En relación con las cláusulas abusivas específicamente no hay referencia; sin embargo, y teniendo en cuenta que algunas de estas cláusulas son aquéllas que contravienen el régimen de responsabilidad²⁷³, se puede extraer del Decreto, el criterio de abusividad en tanto que al fijar algunas normas específicas de responsabilidad²⁷⁴, no se podría

²⁶⁸ *Supra*. Capítulo 1. Num. 2.2.2.

²⁶⁹ Cfr. Artículo 13 y siguientes del Decreto 3466 de 1982. cit.

²⁷⁰ Cfr. Artículos 19 y siguientes. *Ibidem*.

²⁷¹ Cfr. Artículos 23, 26, 27, 30, 31 y 40. *Ibidem*.

²⁷² Cfr. Artículos 24, 25, 28, 32, 33, 34. *Ibidem*.

²⁷³ *Infra*. Capítulo 2. Num. 1.2.

²⁷⁴ Por ejemplo, el artículo 23 del Decreto 3466 de 1982. *Ibid.*: Respecto de los bienes y servicios cuya calidad e idoneidad haya sido registrada en los términos del presente decreto o respecto de los cuales sea legalmente obligatorio el registro o licencia, o cuya calidad e idoneidad haya sido determinada mediante la oficialización de una norma técnica, la responsabilidad de los productores se determinará de conformidad con los términos y condiciones señalados en el registro o licencia o

estipular en contrario, toda vez que esa cláusula sería un abuso del derecho dispositivo.

Por otra parte, en la Ley 142 de 1994, o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; la natural evidencia de un monopolio en la prestación de los servicios²⁷⁵, hace que el Estado intervenga de manera especial para evitar el abuso de la posición dominante que se demuestra en un contrato para la prestación de servicios públicos domiciliarios²⁷⁶, que a su vez es caracterizado como un contrato de adhesión²⁷⁷. Es por ello que ha dispuesto en su artículo 133 veintiséis tipos de cláusulas²⁷⁸ no taxativas²⁷⁹, que hacen presumir que la empresa que presta el servicio tiene una posición dominante y que abusa de ella. Expresa también que la presunción será desvirtuada “si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa” y también se desvirtuará la presunción “en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la

en la disposición que haya oficializado la norma técnica, teniendo en cuenta las causales de exoneración previstas en el artículo [26](#).

²⁷⁵ Cfr. STAPPER Cristian. *DOCUMENTO DE TRABAJO AL PROYECTO DE RESOLUCIÓN. “Por la cual se señalan criterios generales, de acuerdo con la Ley, sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo”* En www.cra.gov.co

²⁷⁶ Servicios Públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

²⁷⁷ Cfr. STAPPER Cristian. *DOCUMENTO DE TRABAJO AL PROYECTO DE RESOLUCIÓN. “Por la cual se señalan criterios generales, de acuerdo con la Ley, sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo”*. cit.

²⁷⁸ *Infra*. Capítulo 2.

²⁷⁹ “Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo”. Cfr. Artículo 133.26 de la Ley 142 de 1994.

Comisión²⁸⁰ para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado”.

La disposición de esta Ley, aún cuando contiene ejemplos de cláusulas abusivas, no es pertinente para abarcar todos los tipos de contratos que se presentan en el tráfico jurídico.

En definitiva, en Colombia es escasa la regulación en materia de cláusulas abusivas, incluso respecto de la protección a los consumidores y usuarios, por lo que es necesario y urgente reglamentar el tema. Se ha propuesto la creación de un nuevo estatuto del consumidor que incluya hipótesis de este tipo de cláusulas como por ejemplo el mencionado²⁸¹ Proyecto de Ley 115 de 2000²⁸² de la Cámara de Representantes que en sus artículos 30 y 35 prohíbe la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos. En él se definen las cláusulas abusivas como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado y significativo en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular que se analice”²⁸³. Define también a los consumidores como “todo aquel que, como destinatario final, adquiera o utilice bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza”²⁸⁴; es decir, personas naturales y jurídicas.

²⁸⁰ La Comisión es la encargada de regular el suministro de cada uno de los servicios públicos domiciliarios y existe una para cada servicio. Por ejemplo, la Comisión Reguladora de Energía y Gas, CREG.

²⁸¹ *Supra*. Capítulo Preliminar. Nota 47.

²⁸² En Gaceta del Congreso de la República No. 450 de 16 de Noviembre de 2000.

²⁸³ Cfr. Artículo 34. Proyecto de Ley 115 de 2000 de la Cámara de Representantes.

²⁸⁴ Cfr. Artículo 5. *Ibíd.*

En el año 2003, la Cámara de Representantes, propone un proyecto de ley de un nuevo Estatuto del Consumidor, el 081²⁸⁵ que contiene disposiciones respecto a las cláusulas abusivas en cuanto a que las define en su artículo 40 como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular que se analice” y enumera en el artículo 41 una lista de 14 cláusulas abusivas. Para los contratos de adhesión específicamente, enumera una lista de otras 14 cláusulas a las que denomina “prohibidas” pero que en su lectura se pueden llegar a identificar con las abusivas; entonces se entiende que para este proyecto de ley, las cláusulas abusivas se encuentran tanto en los contratos de adhesión como en los demás en los que intervenga el consumidor.

Para resaltar en este proyecto, la característica de su contenido que hace referencia a un parámetro relativo a la Información y a la Transparencia de las relaciones de consumo y al derecho que los consumidores tienen para que se les especifique qué significa cada cláusula involucrada en el contrato, de tal manera que pueda determinar si se adhiere a él o no.

El Proyecto de Ley 090 de 2006²⁸⁶ de la Cámara de Representantes, por el cual se establece el Régimen General de Protección al Usuario y el Sistema del Defensor del Usuario, hace referencia específica a las cláusulas abusivas en relación con la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios e intenta modificar su contenido, introduce un concepto de cláusulas abusivas²⁸⁷ y reduce su enumeración a 10 supuestos²⁸⁸.

²⁸⁵ En Gaceta del Congreso 270 de 11 de Junio de 2004 y en la 444 del 28 de agosto de 2003.

²⁸⁶ En Gaceta del Congreso No. 585 de 30 de Noviembre de 2006.

²⁸⁷ Es el mismo concepto de los Proyectos de Ley 115 de 2000 y 081 de 2003.

²⁸⁸ La Ley 142 de 1994, contiene un listado de 26 cláusulas.

Un nuevo Proyecto de Ley se propone en 2006, el 105²⁸⁹ que por el cual se crea la Superintendencia del Consumidor y del Usuario y se señalan los principios que regulan su protección, además de otras disposiciones. En el artículo 12, plantea una definición de cláusula abusiva: “Se consideran cláusulas abusivas aquellas que sean contrarias a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones del proveedor de bienes y servicios y el consumidor o usuario”; de modo que se limita el concepto en consideración a que el proveedor es el agente del abuso en las cláusulas contractuales. Estima también una lista de 17 cláusulas que son declaradas abusivas.

En este proyecto de ley se incluye un artículo en consonancia con el Capítulo Preliminar de este estudio, en cuanto menciona los Principios que orientan la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios en su artículo 13, numeral 2: “La autonomía de la voluntad privada supone: a. La existencia de una libertad para contratar siempre que ella no se convierta en un abuso de la posición dominante; b. Un punto de equilibrio entre el interés particular y el interés del consumidor y del usuario; c. La sujeción a los parámetros éticos de la buena fe. A su vez, describe los derechos mínimos de los cuales son titulares los consumidores y usuarios en el artículo 14: Derecho a la información, de Reclamación Directa, a la Educación, de Representación, a la Participación, entre otros y con respeto de los consagrados en el artículo 78 de la Constitución de Colombia. Es de relevancia también que en este proyecto se haya contemplado la creación de una Superintendencia única del Consumidor y del Usuario motivada por la falta de protección real, por la precaria normatividad al respecto y por la insuficiente labor que pueden desempeñar los organismos de protección encargados de vigilar las prácticas comerciales del consumo de bienes y servicios²⁹⁰.

²⁸⁹ En Gaceta Judicial 368 de 2006 y 489 de 2006.

²⁹⁰ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 105 de 2006.

Es importante señalar que en los Proyectos de Ley mencionados no se hace referencia específica a las cláusulas esenciales involucradas en los contratos, ni a aquellas relativas al precio en los contratos onerosos por lo que en caso de injusticia habría que acceder a las normas contempladas en el código civil colombiano. Además, ninguno de los proyectos recoge un concepto de cláusula abusiva que sea completo y suficiente para controlar todos los aspectos necesarios para determinar si la cláusula es abusiva o no, conforme a los parámetros estudiados²⁹¹.

Así las cosas, a continuación se pretende una perspectiva sobre un concepto de cláusula abusiva en Colombia.

3.2. Perspectiva.

El contrato como Institución ha variado su forma, hoy decir simplemente que “es un acuerdo de voluntades”²⁹² es una noción que se queda corta frente al desarrollo que se ha dado conforme a una perspectiva que incluye los valores éticos – jurídicos en forma de Principios y Fines²⁹³ que rigen a la sociedad. El auge de lo que se ha denominado “Constitucionalización del Derecho privado”²⁹⁴, ha permitido que se reevalúe cada una de las formas contractuales y que se ajuste el concepto de contrato en aras de lo equitativo y de lo justo y que se haga de él un estudio objetivo que permita identificar sus vicios más allá de los subjetivos.

²⁹¹ *Supra.* Num. 2.

²⁹² Noción tradicional de contrato. Cfr. Artículos 1494 y 1495 del Código Civil colombiano.

²⁹³ *Supra.* Capítulo Preliminar.

²⁹⁴ Cfr. BLENGIO Juan. *La Aplicabilidad de los Principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del Principio de Igualdad.* cit., p. 439.

Las partes involucradas en un contrato, lo redactan muchas veces de forma unilateral en detrimento de los intereses y derechos del otro contratante; otras veces, se impone una voluntad sobre la otra, debido a diversas circunstancias como por ejemplo, la necesidad y se abusa de la posición de mayor poder frente a lo que hoy se denomina parte débil. Bajo este matiz, y gracias a la Constitución Política de Colombia de 1991, se puede hablar de la forma en que los contratos pueden ser impugnados e interpretados hacia los fines de justicia y equidad y sin embargo, sigue primando la simple autonomía de la voluntad en algunas mentes jurídicas.

Si bien es cierto que la Libertad contractual es pilar fundamental del Derecho de Contratos, también lo es que el Principio de Buena Fe y de Igualdad manifestado en la equivalencia de derechos y obligaciones y de equilibrio en las prestaciones cada día adquieren más importancia.

Es por ello que la propuesta de un concepto de cláusula abusiva debe incluir en su ámbito objetivo de protección tanto a los contratos de adhesión como a los de libre discusión²⁹⁵ y también el control sobre los elementos esenciales del contrato²⁹⁶; específicamente para los onerosos y bilaterales, expresados en el precio, aunque este aspecto debe ser planteado con especial cuidado.

En cuanto al ámbito subjetivo de protección, podría hablarse mejor de la parte débil, en el entendimiento de que ésta puede ser cualquier parte sin que necesariamente se especifique una denominación (como por ejemplo consumidor, usuario, proveedor) y solamente si se quiere hacer un análisis subjetivo de la cláusula, pues como se ha reiterado, cualquier parte en un contrato puede ser sujeto pasivo de una cláusula abusiva.

²⁹⁵ *Supra.* Capítulo 1. Num. 2.1.1.

²⁹⁶ *Supra.* Capítulo 1. Num. 2.1.2.

Ahora bien, es cierto que los consumidores como partes débiles, adherentes a los diferentes contratos de consumo, son las mayores víctimas de cláusulas abusivas, y por ello es necesario una legislación que los proteja. Colombia está en mora de ese amparo²⁹⁷ y es urgente asumir una posición de favor en estas relaciones que permitan controles tanto legales y administrativos como judiciales.

En los Proyectos estudiados relativos a un concepto de cláusula abusiva, se repite el mismo concepto: “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las circunstancias relacionadas con la transacción particular que se analice” , pero no es suficiente para garantizar la protección contractual en contra de las cláusulas abusivas que como se dijo, pueden aparecer en cualquier tipo de contrato; afectar a cualquier parte y constituirse en todos los elementos del contrato: esenciales, accidentales y de la naturaleza.

Es necesario también cambiar de perspectiva frente al tema de la autonomía de la voluntad y parece que en ese sentido, podría pensarse en la inclusión de una norma en el Código Civil que contenga el concepto de cláusula abusiva y se sancione, de alguna forma, la inclusión de alguna de ellas en cualquier tipo de contrato, sin restricción alguna que pueda dejar sin protección la relación contractual de que se trate.

²⁹⁷ Los derechos de los consumidores contemplados entre los derechos de rango constitucional, obtuvieron el estatus de “derechos colectivos”, derechos humanos de segunda generación dentro de la clasificación realizada por la doctrina internacional y el derecho comparado. Se trata entonces del derecho colectivo de los consumidores a la “calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como a la información que debe suministrarse al público en su comercialización”. Cfr. Artículo 78 de la Constitución Política de Colombia.

Se apoya la tesis en la que se insta a los tribunales a considerar y a valorar objetivamente el contrato, independiente de los aspectos subjetivos, pues así se garantizan la Justicia y la Equidad de manera que, se restablezca el equilibrio tanto en los derechos y obligaciones como en las prestaciones.

Como ejemplo a seguir, se apoya la forma en que Estados Unidos remedia las cláusulas abusivas o los “*unfair terms*”, pues no supedita de manera contundente el control a los contratos de adhesión o a que exista una posición dominante; o a que la persona que sea afectada tiene que ser un consumidor como sucede con la Directiva europea, ejemplo de límites y restricciones que según este estudio, son un exceso de reconocimiento al voluntarismo.

Para Colombia, es necesario considerar que el contrato es una herramienta producto de la libertad de contratación que se rige además por los principios de la Buena Fe, por la prohibición de abusar del Derecho dispositivo, por la obligación de asumir un criterio de proporcionalidad en la creación del contrato al repartir las cargas mutuas, por la necesidad de expresar con Transparencia qué efectos tienen cada una de las cláusulas, por la obligación moral de Lealtad expresada técnicamente en el postulado del *pacta sunt servanda* y por integrar la seguridad jurídica. Además y como parte fundamental del desarrollo del tema, la importancia que tiene la aplicación de la igualdad tanto en la equivalencia de los derechos y obligaciones como en las prestaciones, por todo lo anterior un concepto puede expresarse en los siguientes términos: CLAUSULA ABUSIVA ES AQUELLA QUE SE ESTIPULA EN RAZON AL ABUSO DE LA FACULTAD DISPOSITIVA Y EN CONSECUENCIA, ATENTA CONTRA LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE E IGUALDAD; EN DESEQUILIBRIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES Y TRAE COMO RESULTADO UN CONTRATO INJUSTO E INEQUITATIVO.

CAPITULO 2

TIPOLOGIA DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

La ley¹ y la jurisprudencia de varios países han identificado algunas cláusulas que contravienen el ordenamiento jurídico, siendo abusivas. En este capítulo se intenta una clasificación y enunciación de algunas de ellas, previendo aquellas que desnaturalizan las obligaciones; que permiten desvirtuar el cumplimiento de la responsabilidad; aquellas que restringen o amplían los derechos de las partes; otras que son sorpresivas y por último las que son *per se* ilegales. Se observa sin embargo, que esas clasificaciones pueden llegar a interrelacionarse; es decir, que una cláusula que por ejemplo desnaturalice las obligaciones puede al mismo tiempo ser, una cláusula eximente de responsabilidad; esto debido a que la obligación y la responsabilidad, son expresiones correlativas, pues toda obligación implica una responsabilidad²; así que “las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula al asumirse una obligación contractual que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de la obligación”³.

Por otra parte, en las cláusulas que se van a enunciar a continuación, se pueden observar los elementos antes estudiados⁴: su contradicción con algunos Principios y Fines del Derecho⁵ y el ámbito objetivo y subjetivo de determinación.

¹ Por ejemplo el artículo 37 de la Ley 24.240. cit.

² “La responsabilidad es un momento de la obligación (...)”. Cfr. HINESTROSA Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2002, p. 73.

³ Cfr. RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 303.

⁴ *Supra*. Capítulo 1. Num. 2.

⁵ *Supra*. Capítulo Preliminar.

1. Cláusulas Abusivas y su clasificación de acuerdo a las Obligaciones y a la Responsabilidad.

1.1. De acuerdo con las obligaciones de los contratantes.

La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más sujetos en el cual cada uno espera un comportamiento del otro para el cumplimiento de una prestación convenida⁶. Así que la desnaturalización, alteración ó desfiguración⁷ de ese vínculo jurídico y sus obligaciones correlativas, implica un desequilibrio en el contrato, que perjudica a una de las partes y concede ventajas a la otra en forma desmedida, pues se aparta sin razón de lo establecido en la ley⁸; esto es, no cumplir con las condiciones normales que un contrato tiene en virtud de su naturaleza.

La cláusula por medio de la cual “se desnaturalizan las obligaciones” significa que una de las partes potestativamente se sustrae a cumplir con aquello que debe⁹; que el deudor, deje de serlo por la simple disposición de su voluntad. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia colombiana¹⁰ que “no es pues admisible que constituyendo la obligación un elemento esencial del orden social, se le descarte, en un caso determinado, prescribiendo a la vez la obligación y la exención de responsabilidad en caso de inejecución”

⁶ Cfr. HINESTROSA Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. cit., p. 55.

⁷ Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 73.

⁸ Cfr. CANDIA María y otros. *Cláusulas abusivas*. cit.

⁹ Cfr. RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 235.

¹⁰ En Sentencia de 9 de Diciembre de 1936. M.P. Antonio Rocha. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. En Gaceta Judicial XLIV. p. 409.

Dentro de las hipótesis de las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones se encuentran:

- a. Cláusula que faculta de manera unilateral y sin causa, a una de las partes para rescindir, resolver, terminar o suspender la ejecución del contrato¹¹: Frente a esta cláusula es necesario aclarar que aún cuando exista una causa para resolver el contrato, como el incumplimiento en el pago del precio (pacto comisorio¹²) y por ello se hace exigible el pago de una indemnización, debe considerarse si de todas maneras se ha ejecutado una parte sustancial de las prestaciones, de manera que dicho incumplimiento no reviste una entidad suficiente como para resolver el contrato¹³. Un ejemplo de esta cláusula es: cuando una agencia de turismo suspende un viaje a pocas horas de partir por no haberse alcanzado un número mínimo de pasajeros¹⁴.
- b. Cláusula por la que se autoriza a una de las partes a modificar unilateralmente, sin motivos válidos, cualesquiera características del producto que ha de suministrar, o del servicio por prestar¹⁵.
- c. Cláusula por la que se autoriza a una de las partes a modificar unilateralmente, sin motivos válidos, el precio¹⁶: Al tratarse de uno de los elementos esenciales

¹¹ Cfr. Artículo 1341 de Código Civil Italiano. *Ibíd.* p. 75.

¹² Cfr. Artículo 1935 del Código Civil colombiano.

¹³ Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria.* cit., p.44.

¹⁴ Cfr. CANDIA María y otros. *Cláusulas abusivas.* cit.

¹⁵ Cfr. Guía del consumidor europeo. Citado por SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR.* cit., p. 140.

¹⁶ *Ibídem.*

que llevan a contratar, el precio debe ser determinado previamente ó fácilmente estimable. Cuando ha sido determinado imperativamente por las autoridades administrativas no se puede modificar dispositivamente¹⁷. Existen además cláusulas contractuales que, siendo accesorias modifican el precio valiéndose de expresiones oscuras o ambiguas que pueden desequilibrar el contrato. Por otra parte, esta es una cláusula en la cual hay que tener especial cuidado para verificar y validar los motivos por los cuales es posible aumentar el precio, como por ejemplo, la adición en el costo de las materias primas¹⁸.

- d. Cláusulas que obligan a aceptar arbitrajes, en contra de lo legalmente establecido al respecto en la ley del Estado en que deba juzgarse sobre el propio contrato¹⁹: En Colombia el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 establece que se entiende por cláusula compromisoria “el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral” y la Corte Constitucional colombiana²⁰ estableció que se ajustaba a la Constitución dicho artículo en la medida en que se respeta el principio de la autonomía en la cláusula. Sin embargo, cuando es impuesta por una de las partes, puede llegar a ser abusiva debido a los costos que puede generar para la otra.

¹⁷ Cfr. BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. cit., p. 534

¹⁸ Cfr. FARINA Juan. *Contratos Comerciales Modernos: Modalidades de contratación empresarial*. Tomo I. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2005. p. 196.

¹⁹ Cfr. REZZONICO Juan. *Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones negociales generales*. cit., p. 449.

²⁰ En Sentencia Constitucional C-248 de 21 de Abril de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En www.ramajudicial.gov.co.

- e. Cláusulas que prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra una de las partes²¹.
- f. Cláusulas que afectan la causa obligacional ó cuando la obligación no se presenta en sí misma como abusiva, pero desequilibra la función o causa del negocio²²: Se entiende por causa, en los contratos onerosos, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte²³.
- g. Cláusulas que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa²⁴.
- i. Cláusulas que inviertan la carga de la prueba²⁵: Hay cláusulas que añaden a esta cláusula el hecho de que sean abiertamente en perjuicio de la otra parte; se añade un calificador más que es el perjuicio, por ello hay que delimitar bien el contenido de la cláusula y cómo se invierte la carga de la prueba, como por ejemplo, cuando una parte compra un electrodoméstico, que a los pocos días resulta descompuesto y el comerciante obliga a ese comprador a que demuestre que usó el producto correctamente, cuando es él quien debe probar el mal uso o las circunstancias que permitan liberarlo de responsabilidad. Otro ejemplo de la cláusula en la que se invierte la carga de la prueba, en un

²¹ Artículo 90 de la Ley Mejjicana. Citado por RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 231.

²² Cfr. LORENZETTI. Citado por SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p.134.

²³ Cfr. Artículo 1274 del Código Civil Español. cit.

²⁴ Cfr. Num. 25 de la Ley 142 de 1994. cit.

²⁵ Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p.136. y también Cfr. Num. 8. de la Ley 142 de 1994: “Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le corresponderá”.

contrato de seguro ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia en Colombia²⁶: “Cláusula consistente en la limitación que desde el punto de vista probatorio la compañía le imponía al asegurado para acreditar la ocurrencia del siniestro y, en consecuencia, pagar o satisfacer la prestación asegurada. En efecto, la cláusula supeditaba el pago de la indemnización a cargo de la aseguradora a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o laudo arbitral, a elección del beneficiario, que declara el incumplimiento y, además, a que la compañía recibiese la comunicación escrita del beneficiario en la que éste exigía el pago, acompañada de copia auténtica del respectivo fallo”.

²⁶ En Sentencia de 2 de Febrero de 2001. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. En www.ramajudicial.gov.co

1.2. De acuerdo con la Responsabilidad Contractual²⁷.

La responsabilidad en su significado etimológico quiere decir “estar obligado”²⁸ y surge exactamente en el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de las obligaciones; enfrenta a dos personas y surge de un conflicto que exige reparación²⁹. Así las cosas, debe determinarse en qué momento el régimen de responsabilidad puede ser modificado expresamente por las partes y con fundamentos en qué leyes civiles³⁰. En la jurisprudencia colombiana³¹ se ha limitado esa facultad en consideración al alcance de esta permisión; es decir que solamente se puede pactar la exclusión de la responsabilidad por culpa leve o levísima. El dolo y la culpa grave no se pueden eximir contractualmente pues de allí surgiría un desequilibrio manifiesto en contra de la parte que resultó afectada por la irresponsabilidad de la otra, que actúa con el ánimo de causar daño o con una grave negligencia. La mayoría de cláusulas que eximen de responsabilidad, tienen que ver además con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso en relación con los vicios redhibitorios o en los casos de evicción³².

Un ejemplo para esta categoría de cláusulas abusivas, de acuerdo con la Responsabilidad Contractual, surge en un contrato de lavado de automóviles en una Cláusula por la cual no se responde por el cuidado de un automóvil dejado para la prestación de servicio de lavado por considerarse que no es un contrato de

²⁷ Sin embargo, algunos regímenes habilitan por causa justificada la limitación de la responsabilidad. *Ibíd.* p. 131.

²⁸ Cfr. Enciclopedia Omeba. Tomo XXIV. cit. p. 790

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Cfr. Artículo 1604, inciso final del Código Civil de Colombia.

³¹ Por ejemplo, Sentencia 9 de Diciembre de 1936. cit. p. 409.

³² Cfr. FARINA Juan. *Contratos Comerciales Modernos: Modalidades de contratación empresarial. Tomo I.* cit., p. 200.

depósito y el automóvil resulta hurtado. La Corte Suprema de Justicia de Colombia³³ al conocer este caso, confirmó la decisión del *ad – quem* en la que se dijo que “en el caso se ajustaron simultáneamente dos contratos: uno de prestación de servicios y otro de depósito, y alegó que en virtud de este último surge la obligación de guardar la cosa y restituirla hasta que el depositante lo exija, debe jurídico que no es susceptible de exoneración ni aún por voluntad de las partes contratantes”.

A continuación se enuncian algunas cláusulas que en su redacción, excluyen la responsabilidad de algunas de las partes:

a. Cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad³⁴ por daño derivado de una violación del contrato por culpa grave de una de las partes, o por dolo o culpa grave de un representante o auxiliar ella³⁵. De esta cláusula se desprenden dos supuestos:

a) Cláusulas que dispensan anticipadamente el dolo³⁶: El dolo, al constituirse como la intención de producir daño, no puede ser exento por el mismo agente, pues en ese caso nadie respondería por los daños que ocasione con mala fe o con la intención premeditada de causar perjuicio a su contraparte.

b) Cláusulas que dispensan anticipadamente la culpa grave³⁷: Como liberar al deudor de su negligencia, impericia, imprudencia u omisión de los cuidados

³³ En Sentencia de 6 de marzo de 1972. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Humberto Murcia Ballén. En Gaceta Judicial CXLII. p. 99

³⁴ Cfr. Numeral 1 de la Ley 142 de 1994 sobre Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia.

³⁵ Cfr. Parágrafo 11 de la Ley alemana de 1977 (AGB-GESETZ). Citado por STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. p. 54

³⁶ Cfr. Artículo 507 del Código Civil Argentino.

³⁷ *Ibíd.*

más elementales resulta inadmisibles pues se convertiría su obligación en puramente potestativa.

- b. Cláusulas que transfieran responsabilidades a terceros³⁸: Estipulaciones que trasladen el riesgo a la parte que no debe responder por el daño, según las normas civiles.

- c. Cláusulas que desliguen de la responsabilidad del oferente por los vicios ocultos de la cosa³⁹: Por ejemplo las cláusulas que imputen al usuario las consecuencias de las fallas o defectos, o aun los errores administrativos o de otro tipo que no le sean directamente atribuibles, así como cargarle el costo de los servicios que en el momento de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor⁴⁰. En Colombia el artículo 1898 del Código Civil declara este pacto nulo así: “es nulo todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya”.

- d. Cláusula por las que se permite a una de las partes ceder el contrato⁴¹ sin participación del otro contratante: del principio de libertad contractual surge aquella característica que expresa que una persona puede elegir a su cocontratante. Si el contrato es cedido; es necesario entonces, hacer conocer quién es el cesionario y nueva parte en el contrato de manera que se exprese el consentimiento a favor o en contra de ésta decisión de cesión.

³⁸ Artículo 51 Sección Segunda, capítulo Sexto. Ley No. 8.078 de Brasil. Código de Defensa del Consumidor. Citado por RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit. p. 227.

³⁹ Cfr. HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p.162.

⁴⁰ Cfr. Artículo 10 de la Ley 26 de 1984 de España o Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴¹ Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. cit., p. 40.

2. Cláusulas Abusivas y su clasificación de acuerdo con la restricción y ampliación de derechos⁴².

Las cláusulas redactadas como ampliaciones o restricciones de derechos son expresión de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, colocando a una de las partes en franca ventaja respecto de la otra, o en desventaja, según sea el caso. En esta categoría es palpable el abuso de la posición dominante que amplía sus derechos y limita los de la parte débil; es importante señalar que si se encuentra alguna cláusula como estas en un contrato, se puede presumir dicha posición, como en la Ley colombiana 142 de 1994. A continuación se enuncian algunas de esas cláusulas:

- a. Cláusulas que determinen la utilización compulsoria del arbitraje⁴³: Aunque esta cláusula fue descrita⁴⁴ en relación con la desnaturalización de las obligaciones también es una forma de restringir los derechos de una de las partes, cuando es impuesta por la otra y no tiene la facultad de discutir si quiere someter sus asuntos a los árbitros o no. Entonces, la cláusula compromisoria es aquella por medio de la cual, las partes convienen, se comprometen y se obligan a someter sus conflictos o divergencias –en caso de existir- a los árbitros⁴⁵. Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que debe ser pactado por

⁴² Cfr. Artículo 37 de la Ley argentina No 24.240 sobre Defensa del Consumidor.

⁴³ Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 131 y también Cfr. Num. 10. de la Ley 142 de 1994: “Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea necesario someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos”.

⁴⁴ *Supra*. Num. 1.1. Literal d.

⁴⁵ Cfr. Enciclopedia Omeba. Tomo III. cit., p. 11

las dos partes, así que si es impuesto por una de las partes, es abusivo, más cuando puede resultar demasiado oneroso. “Robustecer en extremo la justicia arbitral en desmedro de la justicia a cargo del Estado, puede significar, en muchos casos, que se imponga a la parte débil en una relación jurídica, por la vía del arbitramento, la solución de un conflicto, que en ciertas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses”⁴⁶.

- b. Cláusula por la que se excluya o limite la facultad de una de las partes de resolver el contrato en caso de mora de la otra parte o de imposibilidad a él imputable de ejecutar la prestación a su cargo⁴⁷. La condición resolutoria tácita implica que si uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones, la otra parte puede resolver el contrato; si se le impide esta posibilidad, la cláusula se considera abusiva pues la parte afectada tendría que continuar con un contrato que no es beneficioso para sí.
- c. Cláusulas que aparecen como excesivamente onerosas ⁴⁸ para una de las partes: Esta cláusula no se considera abusiva en algunos ordenamientos jurídicos⁴⁹ y puede referirse al precio o a cláusulas accidentales que lo alteran de una u otra forma.

⁴⁶ En Sentencia Constitucional C-672 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell. En www.ramajudicial.gov.co

⁴⁷ Cfr. Cargo (parágrafo 8o, inciso a) de la ley alemana, AGB –GESETZ. Citado por STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 75. y también Cfr. Num. 17 de la Ley 142 de 1994: “Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa”.

⁴⁸ Cfr. Artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. Citado por RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 228

⁴⁹ Cfr. Directiva 93/13 del CEE. cit.

2.1. Cláusulas que restringen los derechos.

El contrato, como institución jurídica, es también una conjugación de derechos y obligaciones que se establecen respetando los intereses de las partes⁵⁰. Cuando una de ellas –por la causa que sea- mediante una cláusula limita los derechos de la otra parte, se hace necesario revisar si se está en la presencia de un abuso contractual. Algunas cláusulas que pueden llegar a restringir los derechos de una de las partes son:

- a. Cláusulas que establecen expresamente que una de las partes renuncia a derechos que el ordenamiento positivo le reconoce⁵¹: por ejemplo una cláusula en la que se estipulara que se renuncia a la interpretación en equidad.
- b. Cláusulas que establecen renunciaciones anticipadas a los derechos que la ley confiere⁵²: Como la cláusula que suprima el derecho de reintegro del precio en los casos en que sea procedente⁵³.
- c. Cláusulas que permitan la asunción por una de las partes, de cargas u obligaciones que la ley no le impone o que de cualquier manera normalmente

⁵⁰ En el Derecho anglosajón, “el contrato aparece como el resultado de un trueque de promesas que atribuyen a una o a las dos partes el derecho a exigir algo judicialmente” Cfr. FARINA Juan. *Contratos Comerciales Modernos: Modalidades de contratación empresaria. Tomo I.* cit. p. 219.

⁵¹ Cfr. HOLZ, Eva. *Mercado y derecho.* cit., p. 158 y también Cfr. Num. 6 de la Ley 142 de 1994: “Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede”.

⁵² *Ibíd.* p. 143 y también Cfr. Num. 9. de la Ley 142 de 1994: “Las que sujetan a término o a condición no previstos en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance” y también Cfr. Num. 24 de la Ley 142 de 1994: “Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual”.

⁵³ Cfr. RINESSI, Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor.* cit., p. 220

no serían de su cargo⁵⁴: Por ejemplo, la cláusula que hace asumir al cliente los riesgos de transporte⁵⁵, cuando según la ley a él no le corresponde. Otro ejemplo de esta cláusula, en un contrato de compraventa con garantía: En respuesta a una comunicación realizada a la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia⁵⁶, en la que se solicita explicación acerca de la garantía de una moto adquirida por el peticionario: “siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al consumidor por los gastos y costos que implique la reparación por fallas en la calidad o en la idoneidad del bien ni por el transporte o acarreo de este para su reparación y devolución al consumidor, todos los cuales correrán por cuenta del proveedor o expendedor.” En este caso, la cláusula sería abusiva si se pretende cobrar una suma adicional a los gastos mencionados en el concepto de la Superintendencia.

- d. Cláusula que limite la facultad de oponer excepciones⁵⁷: Es también conocida como la cláusula *solve et repete*, que en ocasiones puede ser admitida cuando no quebrante el ordenamiento legal y el orden público⁵⁸, pero es necesaria su delimitación y confrontación con el contenido contractual *in extenso*.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 162. y también Num. 16 de la Ley 142 de 1994: “Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste: a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato y c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva” y también Cfr. Num. 23 de la Ley 142 de 1994: “Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros”.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 219.

⁵⁶ Cfr. Concepto 00085716 del 28 de Noviembre de 2000 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. En www.sic.gov.co.

⁵⁷ Cfr. Artículo 1398 del Código Civil de Perú.

⁵⁸ Cfr. RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 241.

- e. Cláusulas que posibiliten la renuncia del derecho de indemnización⁵⁹: como las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor del derecho a ser resarcido por mejoras o gastos necesarios para la ejecución del contrato, y las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor⁶⁰.
- f. Cláusulas que restringen la libertad de contratar⁶¹: La libertad para contratar consiste en la aptitud de todo individuo para obligarse por su voluntad en la medida en que puede escoger a la otra parte; determinar el contenido del contrato; sus modalidades, prestaciones y duración⁶²; de manera que, si se limita de alguna forma⁶³ y para celebrar otro tipo de contratos, se puede llegar a presentar un abuso, como por ejemplo aquellas cláusulas que restringen la libertad contractual en las relaciones con terceros, es decir la que impide al

⁵⁹ Cfr. Sección Segunda, Capítulo sexto de la Ley Brasileña No. 8078. Citado por HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p. 140

⁶⁰ Cfr. Artículo 42 del Proyecto de Reglamento de Mercosur sobre los Derechos del Consumidor. Citado por RINESSI, Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 221.

⁶¹ Cfr. Artículo 1341, párrafo 2 del Código Civil Italiano. *Ibid.*, p. 242, y también Cfr. Num. 4 de La Ley 142 de 1994: “Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicios que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite”, y num. 5 de la Ley 142 de 1994. :”Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o subsidio distinto”.

⁶² Cfr. AYNES Laurent. *La Constitucionalización del Derecho de Contratos*. cit., p. 415.

⁶³ Por ejemplo, las cláusulas que condicionen la provisión de un producto o servicio o la de otro producto o servicio, excepto cuando el producto de que se trate sea ofrecido en conjunto. Cfr. Artículo 27 del Proyecto de Reglamento de Mercosur sobre los Derechos del Consumidor. Citado por RINESSI, Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 217.

consumidor elegir otro oferente que aquél indicado en el propio contrato⁶⁴. O el pacto de exclusividad; que es la obligación asumida por una parte para contratar únicamente con la otra. Por ejemplo, “me obligo a vender mi producción de tal bien exclusivamente a”⁶⁵. Sin embargo, se discute si es un abuso teniendo en cuenta los beneficios que se conceden a cambio, pero es necesario ponderarlos para que no se afecte la equidad.

2.2. Cláusulas que amplían los derechos

El derecho dispositivo permite que las partes realicen sus contratos en la forma más beneficiosa respecto de los intereses y según el tipo de contrato. Cuando una de ellas por alguna razón, puede estipular cláusulas ampliamente ventajosas para sí mismo, entonces dicha cláusula puede generar un desequilibrio evidente entre los derechos de las partes, configurándose como abusiva. A continuación se enuncian algunos tipos de estas cláusulas:

- a. Cláusula que reserva a una de las partes la interpretación del contrato o limita la hermenéutica al contenido del documento final por el cual se formalizó el negocio⁶⁶: Se requiere que la interpretación sea objetiva e imparcial, labor que puede cumplir únicamente un juez, un conciliador o un árbitro, según sea el caso y conforme a la naturaleza del negocio y no subjetiva, en una ponderación extrema de la voluntad de una de las partes.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 158.

⁶⁵ Cfr. FARINA Juan. *Contratos Comerciales Modernos: Modalidades de contratación empresarial*. Tomo I.cit., p. 199.

⁶⁶ *Ibíd.*, p.48

- b. Cláusula que concede a una de las partes el derecho de modificar unilateralmente los términos del contrato o las prestaciones convenidas⁶⁷.
- c. Cláusulas que prevengan términos de prescripción inferiores⁶⁸ o superiores a las legales: Estas cláusulas pueden llegar a contravenir el orden público. “Los límites temporales dentro de los cuales se pueden válidamente ejercitar los derechos no es asunto de menor o poca monta que la ley pueda dejar en manos de los particulares: incertidumbre habría tanto si fuera posible prolongar los plazos de la prescripción, como si fuera permisible acortarlos”⁶⁹. Sin embargo; es necesario observar el fin hacia el cual se dirige ésta cláusula, contemplándola a la luz de la causa y del objeto del contrato; o también si son favorables al acreedor – predisponente ó protegen al deudor como parte débil⁷⁰.
- d. Cláusula en la que una de las partes, en caso de que la otra suspenda o termine unilateralmente el contrato puede exigir, o bien una prestación excesivamente alta, o una indemnización exagerada en función de los gastos realizados⁷¹.

⁶⁷ Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. cit., p. 40. y también Cfr. Num. 2 de la Ley 142 de 1994. cit.: Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario por razones distintas al incumplimiento de éste o a fuerza mayor o caso fortuito y Num. 3: Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario.

⁶⁸ Cfr. Artículo 90 de la ley mejicana. Citado por RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 231.

⁶⁹ En Sentencia del 4 de marzo de 1988 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Héctor Marín Naranjo. En Gaceta Judicial 192

⁷⁰ Cfr. HINESTROSA Fernando. *La prescripción extintiva*. Citado por RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. cit., p. 331.

⁷¹ Cfr. Ley de Condiciones Generales de Contratación de 12 de Noviembre de 1976 de Alemania. Citado por HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p. 149

- e. Cláusula que prorroga tácita o automáticamente el contrato⁷²: El mutuo disenso o la declaración judicial de resolución o terminación, son las formas típicas de terminación de los contratos, así que si se estipula un término de duración, las partes deben cumplirlo. Parte de ese término, puede ser la prórroga automática, así que esta cláusula no tiene inconveniente sino en la medida en que sea producto de una disposición unilateral de una posición dominante o de un contrato de adhesión⁷³ en la que una de las partes queda vinculada por plazos superiores a los previstos originariamente y más si se requiere una manifestación de una de las partes para que esa prórroga no se dé automáticamente.
- f. Cláusulas por las que una de las partes, se reserve el derecho a modificar, en algún sentido, la obligación o la carga comprometida⁷⁴: este tipo de cláusulas dan cabida a varias posibilidades que son imprevisibles para una de las partes y generar, desequilibrio en el contrato “por no decir al propio concepto de contrato”⁷⁵
- g. Cláusula por la que modifique las normas sobre competencia judicial⁷⁶: Las normas sobre competencia judicial obedecen al criterio de orden público y

⁷² *Ibid.*, p. 158. y también Cfr. Num. 20 de la Ley 142 de 1994: “Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por periodos superiores a un año”.

⁷³ “Frente a esto se argumenta que su carácter vejatorio no estriba en la literalidad de su inclusión, sino en que ha sido incluida por una sola de las partes, y su aplicación redundante también en beneficio de esa misma parte”. Cfr. HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p. 158.

⁷⁴ Cfr. Inciso K del anexo sobre cláusulas abusivas de la Directiva 93/13 de la C.E.E. cit. y también cfr. Num. 7. de la Ley 142 de 1994: “Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario”.

⁷⁵ Cfr. FARINA Juan. *Contratos Comerciales Modernos: Modalidades de contratación empresarial. Tomo I*. cit., p. 198.

⁷⁶ Cfr. Artículo 1341 del Código Civil Italiano.

solamente se pueden modificar, mientras favorezca a las dos partes en el contrato ó a la que es considerada débil, según su capacidad de desplazamiento, según su economía, etc. “La cláusula de “foro prorrogado” comporta una cláusula abusiva cuando el desplazamiento, por lo distante, suprime, restringe, obstaculiza o hace dificultosa la defensa en juicio, circunstancias que comprometen severamente el equilibrio contractual”⁷⁷. Por ejemplo, las que prorrogan la competencia del domicilio al de la casa central del banco en detrimento de los intereses del cliente⁷⁸.

- h. Cláusula que permita la variación unilateral del precio en los contratos onerosos; del objeto de la transferencia en los contratos gratuitos⁷⁹: Por ejemplo, las cláusulas que estipulen que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato⁸⁰.

- i. Cláusulas por las que una de las partes se reserva plazos excesivamente largos o ambiguos para la aceptación o no de la oferta⁸¹: Esta cláusula evidencia la

⁷⁷ Cfr. LOPEZ Diego. *El Forum Contractus y la cláusula compromisoria en el arbitraje nacional*. En Revista colombiana de Jurisprudencia. Junio de 2005.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Cfr. Sección Segunda, Capítulo sexto de la Ley Brasileña No. 8078. Citado por HOLZ, Eva. *Mercado y derecho*. cit., p. 140

⁸⁰ Cfr. Guía del consumidor europeo. Citado por SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 140.

⁸¹ Cfr. Artículo 10 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de Alemania de 1976. *Ibid*. p.148.

posibilidad mencionada en el capítulo anterior⁸² en la que el proveedor es la parte débil de la relación contractual y el consumidor tiene una posición dominante.

- j. Cláusulas por las que una de las partes se reserva plazos excesivamente largos o ambiguos para el cumplimiento de la prestación⁸³: Un ejemplo de este tipo de cláusulas, encontrada en un contrato inmobiliario, es aquella que coloca a cargo del adquirente el pago de gastos y honorarios derivados de la preparación y otorgamiento de la titulación, reservándose el proveedor el derecho de designar los profesionales encargados de las mismas⁸⁴.

⁸² *Supra.* Capítulo 1. Num. 2.2.2.

⁸³ *Ibidem.* y también Cfr. Num. 12 de la Ley 142 de 1994: “Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta”.

⁸⁴ Cfr. HERNANDEZ, Carlos y ESBORRAZ David. *Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria.* cit., p. 40.

3. Cláusulas Sorpresivas.

Son cláusulas sorpresivas aquellas con las que no contaba una de las partes, porque fueron hábilmente escondidas en el contrato, porque son tan insólitas que uno de los contratantes no contaba con su existencia o porque eran imprevisibles según las circunstancias y la causa u objeto del contrato⁸⁵. Son también cláusulas inauditas, inesperadas e insólitas⁸⁶ que buscan perjudicar a una de las partes, en una evidencia de Abuso del Derecho⁸⁷. Comportan el peligro para una de las partes de estar implicado en contextos distintos y desventajosos de lo que razonablemente podría haber previsto e imaginado⁸⁸. Como por ejemplo, las cláusulas que incrementen los precios por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresadas con la debida claridad y separación⁸⁹. En el contrato de compraventa de vivienda en construcción, por ejemplo, las empresas establecen un precio estimativo, condicionado a eventuales incrementos de los materiales de construcción, de modo que el comprador no sabe cuál es el precio definitivo⁹⁰.

Algunos tipos de cláusulas sorpresivas son:

⁸⁵ Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 55.

⁸⁶ “Se contradice de modo trascendente las expectativas normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido, y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia” *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁸ Cfr. PAGADOR Javier. *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. p. 287.

⁸⁹ Cfr. Ley No. 26 de 1984 o Ley de Defensa del Consumidor de España. cit.

⁹⁰ Cfr. CANDIA María y otros. *Cláusulas abusivas*. cit.

- a. Cláusulas que hagan constar de forma probada, la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato⁹¹.
- b. Cláusulas incorporadas bajo un título distinto, ajeno y extraño al contenido real de aquellas⁹²: Por ejemplo, a través de una cláusula por la que el adherente manifiesta ser empresario, o intermediario, o que el bien adquirido tiene como destino inmediato otra operación jurídica (venta, locación, etc.)⁹³.
- c. Cláusulas que no otorguen a cada una de las partes el título que le corresponde en la relación contractual, para evitar ciertas obligaciones⁹⁴.

⁹¹ Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 140.

⁹² Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. cit., p. 63

⁹³ *Ibídem*.

⁹⁴ *Ibídem*.

4. Cláusulas ilegales.

Estas cláusulas contravienen expresa y específicamente alguna norma o fundamentos del ordenamiento jurídico.

a. Cláusulas que ofenden los derechos fundamentales⁹⁵ del sistema jurídico: Aunque todas las cláusulas mencionadas en este apartado se sitúan en este espacio de ofensa a los derechos fundamentales del sistema jurídico; es necesario aclarar que aunque no se han mencionado algunos de los principios que lo integran, la eficacia de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional hace posible que se irradien todos los sectores del ordenamiento; es decir que en el plano contractual, cualquier violación a los derechos fundamentales, sociales y medio ambientales será considerada e interpretada a la luz de los valores axiológicos de dicha Constitución⁹⁶.

b. Cláusulas que violen reglamentos ambientales⁹⁷.

⁹⁵ Son cláusulas que afectan derechos indisponibles del hombre, como la vida, la salud, el honor, la libertad. Cfr. BORDA Alejandro. *La contratación en masa*. cit., p. 274.

⁹⁶ Un ejemplo de esta cláusula que a su vez, restringe los derechos de una de las partes, en la Jurisprudencia colombiana: En un contrato celebrado por una corporación de ahorro y vivienda, cláusula cuarta. Obligaciones especiales de los promitentes compradores [...] 4.17. Obstaculizaciones: Los promitentes compradores incondicionalmente se obligan a abstenerse de efectuar actos tales como obstaculización de la entrada de personas al proyecto, fijación, exhibición o circulación de pancartas, avisos, afiches, carteles, escritos, volantes, cartas circulares que indiquen, expresen o sugieran que los inmuebles del proyecto adolecen de mala calidad o de dotaciones defectuosas o deficientes, o que el promitente vendedor los ha engañado o les ha mentado o no les ha cumplido a cabalidad respecto de las características generales o específicas del mismo y de las condiciones previstas en los respectivos contratos de promesa de compraventa o en la publicidad y propaganda que se haya hecho por parte del promitente comprador y a favor del promitente vendedor, el pago de una multa equivalente a 1.000 unidades del poder adquisitivo constante, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal [...] La Corte Constitucional declaró esta cláusula como un abuso del derecho, que implicaba una restricción al ejercicio de la libertad de expresión, fue calificada como una cláusula desproporcionada y excesiva. En Sentencia Constitucional de Tutela T-411 de 1999. cit.

⁹⁷ Cfr. Artículo 42 del Proyecto de Reglamento del Mercosur. Citado por RINESSI, Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. cit., p. 221

c. Cláusulas que estén en desacuerdo con el sistema de protección del consumidor⁹⁸: En la economía de mercado, la protección al consumidor se ha hecho indispensable en la medida en que los contratos sean celebrados entre una parte profesional y una parte débil. Así que cualquier expresión contractual que disponga una cláusula en clara contravía de esas disposiciones, será considerada abusiva⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. cit., p. 133.

⁹⁹ Cfr. Num. 19 de la Ley 142 de 1994: "Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos del termino indefinido".

CONCLUSIONES

Este trabajo ha tratado de establecer una identificación de lo que se ha denominado como “cláusulas abusivas” en los contratos; un tema que si bien está en auge en el plano internacional, ha tenido poco desarrollo en Colombia, por lo que se vislumbró oportuno explicar cada uno de los elementos que lo configuran.

Se ha tratado de responder con algún grado de pormenor a los problemas que surgen de la consideración de cada uno de los aspectos de relevancia en este tema y en definir en qué forma pueden llegar a ser abordados en el ordenamiento jurídico teniendo en cuenta en primer lugar, la Constitución Nacional y, por supuesto las leyes y la doctrina. Sin embargo, la base principal que de esas consideraciones surge es en el Capítulo Preliminar, que trató los asuntos relacionados con la justificación de la prohibición de las cláusulas abusivas en los Principios y Fines del Derecho en el darle paso a algunos mecanismos y formas para controlar los abusos configurados en cláusulas contractuales. De esta forma y a manera de conclusiones:

1. La libertad contractual es uno de los pilares de la contratación, pero no el único; permite sustentar las bases de lo que el contrato es en cuanto a “acuerdo de voluntades”, pero se limita con dos Principios que como valores ético-jurídicos expresan los cimientos contractuales más importantes en el mundo contemporáneo y que son: la Buena Fe y la Igualdad. El primero, como derrotero de las acciones deshonestas, tramposas y fraudulentas; como gestor de la prohibición del abuso del Derecho, de la proscripción de falta de transparencia y precursor del actuar con diligencia y cuidado, de cumplir los pactos con lealtad e impulsor de la seguridad jurídica. El segundo, con su razón de ser para los contratos o relaciones horizontales contractuales, la equivalencia en las obligaciones y derechos para cada una de las partes y principalmente para el contenido

de este trabajo, en las prestaciones. Dentro de esos límites a la libertad contractual la referencia al orden público y al orden público económico como la integración de un conjunto de normas que soportan el contrato dentro de los límites de la juridicidad, del bien común y de un orden justo; este último como fin del derecho que con la equidad, disponen la necesidad de orientarse a organizar el contrato de manera que las dos partes reciban lo suyo.

2. Una visión al Derecho comparado, permitió observar la forma en que en algunos sistemas, el tema contractual ha tenido relevancia en la medida en que establecen herramientas jurídicas diseñadas para erradicar las cláusulas abusivas. Estados Unidos país con una amplia aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, pero también con una muy marcada tendencia a la equidad y la buena fé, hace uso de la herramienta llamada "*unconscionability*" desarrollo doctrinario introducido en el UCC- 2-302, la cual permite, sin limitación en relación con los sujetos, es decir sin limitar subjetivamente el contenido de las cláusulas y su presencia en los contratos y sin restricción objetiva en cuanto a la naturaleza del contrato, que las cláusulas consideradas por ellos injustas, previo juicio de razonabilidad, tendiente a verificar las expectativas razonables de la contratación, se declaren "*unforceable*" y de esta forma se presente el nuevo equilibrio en las cargas contractuales que en algún momento con su inclusión es obvio. Se hace importante resaltar que adicional a esto las cláusulas objeto de revisión y aplicación de esta figura pueden ser de naturaleza esencial, es decir que nada impide que sea declarada "*unconscionable*" y por ende "*unforceable*" una cláusula relativa al precio. Para el desarrollo de este estudio, la forma en que en Estados Unidos el tema es abordado, es un ejemplo a seguir en Colombia, pues su dinámica es la que menos restricciones emplea en materia de restablecimiento del

equilibrio contractual, por lo menos es así en relación con los demás países comparados.

3. Por otro lado, en el Reino Unido existe mayor desarrollo legal que en Estados Unidos ya que cuenta con “*THE UNFAIR CONTRACT TERMS ACT*” de 1977, el cual entró en vigor el 1 de febrero de 1978 por disposición expresa del mismo; adicionado por acto de octubre 1 de 2003. y “*THE UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS REGULATIONS*”¹⁰⁰ de 1999, entrando en vigor el 1 de Octubre de 1999, revocatorio de “*The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*”; sin embargo presenta mas inconvenientes con relación a su aplicación, dado que el primero de ellos sigue teniendo fuerza, limita menos subjetivamente su aplicación, pero mayor objetivamente ya que solo aplica para aquellas cláusulas que restringen o excluyen la responsabilidad; mientras que el segundo de ellos limita su aplicación solo si el afectado por la cláusula abusiva es un consumidor y lo que es mas importante el primero acepta la existencia de “*unfair terms*” así las cláusulas hayan sido previamente negociadas, mientras que el segundo solo concibe su existencia si se esta en presencia de “contratos de adhesión”. Discrepancias sustanciales como las que se exponen aquí hacen que se apoye la solicitud de “*the department of trade and industry*” y “*the law commission*” en el año de 2001, tendiente a la necesidad de reunificación legislativa para la materia.
4. Por su parte, Argentina y España, que involucran en sus legislaciones elementos de protección a favor de partes débiles como en ocasiones son los consumidores, al consagrar normas especiales para ellos. De España, cabe resaltar la posibilidad que existe de un control respecto a los precios en los contratos de consumo; aunque en su legislación la figura de la lesión sea bastante restringida, casi inexistente y en Argentina es conveniente

¹⁰⁰ De ahora en adelante citados como “UCT” y “UTCCR”.

destacar sus normas de amparo respecto de los consumidores, partes muy importantes de protección dentro de su ordenamiento jurídico. Normas que se asemejan a la acción de tutela en la Constitución colombiana.

5. El concepto de cláusulas abusivas fue dividido en dos ámbitos: Uno objetivo, que desarrolló elementos muy importantes de consideración al admitir que sería necesario un control de cláusulas abusivas en los contratos negociados con fundamento en la equivalencia entre derechos y obligaciones y una revisión objetiva de los contratos; pero que admite que en los contratos denominados “de adhesión” las cláusulas abusivas son de mayor recibo toda vez que al ser estipulados unilateralmente y una de las partes abusar del derecho o utilizar alguna manifestación contraria a la buena fe y a la igualdad, fácilmente puede estipular el tipo de cláusulas aquí estudiado. El ámbito subjetivo desarrolló el tema de la posición dominante, de la parte débil y de otros agentes destinatarios de cláusulas abusivas; pero como se había aceptado la posibilidad de ellas en los contratos negociados, entre iguales, entonces se concluye que cualquier parte puede ser víctima de una cláusula abusiva y puede demandar justicia y equidad contractual. Sin embargo, en este estudio, de todas formas, se hace una invitación a esmerarse en la elaboración de los contratos, a concentrar todos los mecanismos posibles para evitar controles posteriores y elaborarlos con sentido, razonabilidad, diligencia y cuidado, pulida sagacidad, estudio y conocimiento.

6. Con base en el capítulo relativo a la tipología de las cláusulas abusivas, se concluye que aún cuando el derecho dispositivo permite modificar algunas normas contractuales y especificar algunos datos en razón a la autonomía contractual; también se pone término a aquellas disposiciones o pactos contractuales que permitan desnaturalizar las obligaciones; ser eximentes

de responsabilidad; ampliar o restringir los derechos de alguna de las partes; evitar las sorpresas en los contenidos contractuales y contrariar expresamente algunas leyes. En esas clasificaciones se pudieron identificar elementos de los estudiados que al ser observados, hacen descubrir las llamadas cláusulas abusivas.

7. En consecuencia, la posición que aquí se plantea es la supresión de las limitaciones tanto objetivas como subjetivas en el estudio de las cláusulas abusivas, debido a que carece de sentido y resulta ser contrario a los principios inspiradores del derecho positivo, avalar una cláusula que notoriamente afecte los derechos y correlativas obligaciones de los contratantes, so pretexto de no encontrarse en una clase específica de contrato como es el de adhesión o no haberse encontrado la parte lesionada afectada por el abuso de la posición dominante, máxime cuando ya se ha podido verificar que la cláusula desvirtúa la expectativa contractual.

BIBLIOGRAFIA

1. DOCTRINA

A.A.V.V. *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco – latino – americains*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2007.

A.A.V.V. *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios. Jornadas Colombianas (2005 : Sep. 21- 22 : Bogotá)*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C., 2007.

A.A.V.V. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Ed. Tirant lo. Blanch. Valencia. 2006.

A.A.V.V. *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría. Tomo II*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003.

A.A.V.V. *Contratación Privada: contratos predispuestos, contratos conexos, código europeo de contratos*. Ed. Jurista Editores. Buenos Aires. 2002.

A.A.V.V. *Estado Social y Democrático de Derecho*. En *Red de Promotores de Derechos Humanos*. Ed. Defensoría del Pueblo. Bogotá D.C. 2001.

A.A.V.V. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2001.

A.A.V.V. Estudios de Derecho Privado. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 1986.

A.A.V.V. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. Ed. Paulinas. Madrid. 1980.

A.A.V.V. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1968.

ABRAHAM Henry. *The judicial process*. Ed. Oxford University Press. New York. 1986.

AGUIRRE Alix. MANASÍA Nelly. *Los Principios Unidroit En Las Relaciones Comerciales Internacionales*. En Revista de Derecho. Universidad del Norte. Vol. No. 25 (47 – 49 2006). En www.uninorte.edu.co.

BALLESTEROS José. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de Autonomía Privada*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.

BARBERO Omar. *Abuso del derecho*. Ed. Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2006.

BATIFFOL Henry. *Filosofía del Derecho*. Ed. Publicaciones Cruz O., S.A. México D.F. 1995.

BELADIEZ Margarita. *Los Principios Jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994.

BIANCA Massimo. *Derecho Civil*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2007.

BROEKMAN Jan. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 1997.

BLUM Brian. *Contracts. examples and explanations*. Ed. Aspen Law and Business. 1998.

CALAMARI John y PERILLO Joseph. *The law of contracts*. Ed. Saint Paul. 1998.

CANDIA María y otros. *Cláusulas abusivas*. En ACIFODECO. Argentina. Revista No. 2. 2004. En www.acifodeco.com.ar

CORTES Edgar. KOTEICH Milagros y NEME Martha. *Formalismo Negocial Romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección a la parte débil?* En Revista de Derecho Privado. Vol. No. 09 (Julio – Diciembre 2005). p. 129 – 174.

DIEZ- PICAZO Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Madrid. 1996.

DIEZ-PICAZO Luis y PONCE DE LEON, Luis. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Ed. Civitas. Madrid. 1996.

DIEZ- PICAZO Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona. 1993.

DURAN Ramón y otros. *Contratación contemporánea*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 2000.

FARINA Juan. *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005.

FERNANDEZ Carlos. *Abuso del Derecho*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992.

FERRI Luigi. *La Autonomía Privada*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969.

FRIEDMAN Jane. *Contract Remedies*. Ed. West Publishing Company. Saint Paul. 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del Derecho*. Ed. Civitas. Madrid. 1984.

GARCIA –AMIGÓ Manuel. *Lecciones de Derecho Civil: Teoría General de las obligaciones y Contratos*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1995.

HERNANDEZ Augusto. *Las ideas políticas en la historia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1997

HERVADA Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Ed. Temis. Bogotá D.C. 2000.

HINESTROSA Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Ed. Universidad Externado. Bogotá D.C. 2002

HINESTROSA Fernando. *De los Principios Generales del Derecho a los Principios Generales del Contrato*. En Revista de Derecho Privado. Vol. No. 05 (Enero – Junio 2003). p. 3 – 22.

HINESTROSA Fernando. *Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?*. En Revista de Derecho Privado. Vol. No. 08 (Enero a Junio de 2005). p. 109-134.

HOLZ Eva. *Mercado y derecho*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1993.

ITURRALDE Victoria. *El precedente en el common law*. Ed. Civitas. Madrid. 1995.

KÖTZ Hein y ZWEIGERT Konrad. *Introduction to comparative law*. Ed. Oxford, UK: clarendon press. New York. 1998

LAGUADO Carlos. *Condiciones Generales, cláusulas abusivas y Principio de Buena Fe*. En Universitas. Vol. No. 105 (Junio de 2003). p. 231 – 251.

MENDEZ Elvira. *Algunas reflexiones en torno al carácter internacional del derecho de gentes*. En <http://www.pandectasperu.org/revista/no200003/emendez.html>.

LARENZ Karl. *Derecho de las obligaciones. Tomo I*. Ed. Revista de derecho Privado. Madrid. 1958

LAWSON Richard. *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*. Ed. Sweet & Maxwell Ltda. Andover, Hants. London. 2000.

LOPEZ Diego. *El Forum Contractus y la cláusula compromisoria en el arbitraje nacional*. En Revista Colombiana de Jurisprudencia. Junio de 2005.

LOPEZ Diego. *El derecho de los Jueces*. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2000.

PAGADOR Javier. *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.

POLLOCK Frederick. *Principles of contract*. Ed. Methuen & Co. Ltd. Londres. 1876.

PÉREZ Laura. *Derechos del consumidor*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2004.

RENGIFO Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Ed. Univ. Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2004.

REZZONICO Juan. *Principios fundamentales de los contratos*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1999.

REZZONICO Juan. *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1996.

RINESSI Antonio. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006.

SAAVEDRA Lenin. *Contenido objetivo de los contratos*. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá D.C. 2004.

SERRA Adela. *Cláusulas abusivas en la contratación en especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996.

SERRANO Angel. *Hacia la integración de un Código Civil Europeo*. En *Revista Fodium Notarial*. No. 31 (Junio 2005) p. 281-285.

SOTO Carlos y MOSSET Jorge. *El Contrato en una Economía de Mercado*". Ed. Normas Legales. Trujillo. 2004.

STIGLITZ Joseph. *El malestar en la globalización*. Ed. Alfaguara. Buenos Aires. 2002.

STIGLITZ Rubén. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.

STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985.

SUESCUN Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I*. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2005.

SZAFIR Dora. *El consumidor en el derecho comunitario: proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1998.

TREITEL Guenter. *The Law of contract*. Ed. Thomson. Londres. 1999.

VADILLO Ramón. *La incorporación al derecho nacional de las Directivas de la Unión Europea y de las futuras Leyes Marco europeas*. En www.euroresidentes.org. Mayo de 2005.

VASQUEZ Eduardo. *Los contratos ilegales en el Common Law*. En Anuario de Derecho Civil. Num. LV, Enero de 2002. En <http://vlex.com/vid/379600>

VIRGINIA LAW REVIEW. *Unconscionable Sales Contracts and the Uniform Commercial Code*. Vol. 45, No. 4 (May, 1959). Section 2-302

WIEACKER Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Ed. Civitas. Madrid. 1982

2. JURISPRUDENCIA

2.1. CORTE CONSTITUCIONAL.

Sentencia Constitucional C-993 de 2006. M.P. Jaime Araujo Renteria. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia Constitucional C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia Constitucional C- 421 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En www.ramajudicial.gov.co

Sentencia Constitucional Unificada SU-837 de 09 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia Constitucional C-491 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia Constitucional C-672 de Septiembre 9 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia de Tutela T-411 de Junio 4 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz. En Gaceta Judicial V.

Sentencia Constitucional C-248 de 21 de Abril de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En www.ramajudicial.gov.co.

Sentencia Constitucional C- 083 de Febrero 17 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En www.ramajudicial.gov.co

Sentencia Constitucional C-535 de Octubre 23 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En Gaceta Judicial X.

Sentencia de Tutela T-375 de Agosto 14 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En Gaceta Judicial VIII

Sentencia Constitucional C-367 de Agosto 16 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En Gaceta Judicial VIII

En Sentencia Constitucional C-472 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández. En www.ramajudicial.gov.co

2.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 02 de Febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. En www.ramajudicial.gov.co

Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre 31 de 1995. M.P. Pedro Lafont Pianetta. En Gaceta Judicial CCXXXVII., p. 1269 – 1287

Sala de Casación Civil. Sentencia de Marzo 4 de 1988. M.P. Héctor Marín Naranjo. En Gaceta Judicial CXCII. p. 85 – 105.

Sala de Casación Civil. Sentencia de Agosto 29 de 1980. M.P. Humberto Murcia Ballén. En Gaceta Judicial Tomo CLXVI. p. 117 - 131

Sala de Casación Civil. Sentencia de Marzo 6 de 1972. M.P. Humberto Murcia Ballén. En Gaceta Judicial CXLII. P. 98 – 106.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de Diciembre de 1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. En Gaceta Judicial CXXXVI. p. 183 a 192.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de Junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea. En Gaceta LXXXVIII, p. 222 – 243.

Sala de Casación Civil. Sentencia de Diciembre 9 de 1936. M.P. Antonio Rocha. En Gaceta Judicial Tomo XLIV. p. 405 – 415.

Sala de Casación Civil. Sentencia de Diciembre 12 de 1936. M.P. Eduardo Zuleta Ángel. En Gaceta Judicial XLIV. p. 674 – 684.

3. CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Concepto 00085716 del 28 de Noviembre de 2000.

Concepto 00023304 - 00023454 del 17 de Mayo de 2000

Concepto 00003517 del 1 de Marzo de 2000.

Concepto 99067274 del 4 de Febrero de 2000.

